



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

ETUDES

*Contribution à l'étude
des modes de représentation
des intérêts des travailleurs
dans le cadre
des sociétés anonymes
européennes*



Contribution à l'étude des modes de représentation des intérêts des travailleurs dans le cadre des sociétés anonymes européennes

par le professeur Gérard Lyon-Caen
professeur à la faculté de droit
et des sciences économiques de Paris

COLLECTION ÉTUDES

Série Concurrence - Rapprochement des législations n. 10
Bruxelles 1970

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS DE LA COMMISSION

INTRODUCTION	9
1. Les mots	9
2. Les choses	9
3. Le processus de prise de décision	10
4. Les fondements juridiques du pouvoir économique	10
5. Le projet européen	10
6. Approche juridique : la société européenne	11
7. La fusion des sociétés	11
8. L'approche sociale	12
9. La démocratie économique	12
10. La souveraineté économique de l'État	13
11. La thèse du statu quo	13
12. Importance de la méthodologie	13

PREMIÈRE PARTIE 15

I - *Examen critique du titre V du rapport Sanders* 15

§ 1 - Analyse du titre V du rapport Sanders	15
1. Solution unitaire et solutions différenciées	15
2. Renvoi à la loi nationale	15
3. La méthode du rapport Sanders	15
4. Les limites supérieures et inférieures	16
5. Pas de régime autonome de cogestion	16
6. Régime d'adaptation	16
7. Les trois variantes	17
8. Une cogestion nécessairement institutionnelle	17
9. Mais une cogestion très différenciée	17
§ 2 - Critique du titre V du rapport Sanders	18
10. Critique de méthode	18
11. Critique des seuils ou des limites	18
12. Critique du maintien de la BVG et du système français	19
13. Critique de fond	19
14. Critique de la place faite à la formule allemande	19
15. Critique émanant des organisations professionnelles	19
16. Pour un statut européen de la participation, commun à toutes les S E	19

II - *Principes et méthodes de recherche* 20

1. Une comparaison fonctionnelle de modèles	20
§ 1 - Recherche comparative	20
2. Les trois types de participation	20

3. Le niveau de la participation	20
4. Branche d'activité; économie globale; entreprise	21
5. L'impossible comparaison du micro-économique et du macro-économique	21
6. Le cadre de la participation	22
7. Société ou entreprise ?	22
8. Le pouvoir dans l'entreprise	23
9. Le pouvoir dans la société commerciale	23
10. Les deux modèles de société	23
11. Gestion collective et contrôle	24
12. L'atelier autonome	24
13. Les fonctions auxquelles il serait possible de participer	24
14. Décisions économiques et décisions sociales	25
15. Étapes successives de la décision	25
16. Politique générale	25
17. Facteurs de choix	26
18. Politique économique à long terme	26
19. Politique économique à court terme	27
20. Politique du personnel	27
21. Rémunération et conditions de travail	28
22. Bien-être et activités sociales	28
23. Rôle et valeur des différents mécanismes	28
§ 2 - Recherche sociologique	29
24. L'opinion publique	29
25. Les syndicats de salariés	29
26. Le patronat	30
27. Les études scientifiques du problème	30
28. Le cocontrôle	31
 DEUXIÈME PARTIE	 33
 I - <i>La cogestion par la représentation dans les organes de la société</i>	 33
1. La participation dans la société	33
2. Restriction du droit de propriété	33
3. La société, seule véritable organisation de l'entreprise	34
4. Indépendance du management	34
§ 1 - L'exemple allemand	35
5. Droit allemand	35
6. Loi du 21 mai 1951 (MBG)	35
7. Conseil de surveillance	35
8. Directoire	36
9. Appréciation de la loi	36
10. Loi du 14 octobre 1952 (BVG)	36
11. Caractéristiques du modèle allemand	36
12. Comparaison avec le secteur public et nationalisé	37
§ 2 - Un modèle institutionnel convenant pour la société européenne	37
13. Transposition du droit allemand	37
14. Choix entre la loi de 1951 et celle de 1952	38
15. Mode de désignation des membres du conseil	38
16. Éligibilité	39
17. Pour un organe de proposition	39
18. La participation au directoire	39

19. Le directeur du personnel	40
20. La composition du conseil de surveillance	40
21. Les projets néerlandais, français et luxembourgeois	40
22. Propositions de solution	41
23. Pouvoirs du conseil de surveillance	41
24. Votes variables selon les décisions	42
25. L'assemblée générale ou la société du personnel	42
26. Articulation avec les conseils d'établissement	43
27. Recours et sanctions	43
 II - <i>La participation par l'intermédiaire d'un conseil d'entreprise consultatif</i>	 44
1. Participation informative et consultative	44
§ 1 - Institution du conseil économique central	44
2. Les conseils d'entreprise	44
3. Composition du conseil économique central	44
4. Elections	45
5. Rôle des syndicats	45
6. Facilités et protection contre le licenciement	45
7. Création par le statut de la SE	46
§ 2 - Attributions du conseil	46
8. Formation des conseillers élus	46
9. Attributions informatives	46
10. Attributions consultatives	47
11. Le problème de l'« avis conforme » pour certaines décisions	48
12. Le risque de conflits	48
13. Autres possibilités d'élargissement de ses pouvoirs : droit d'enquête et de remontrance	49
14. Pouvoirs en temps de crise	49
15. Accords d'entreprise	49
16. Nécessité de prévoir en toute éventualité ce conseil	50
 III - <i>La création d'un organe propre de contrôle des salariés dans la société</i>	 51
1. L'organe spécial de « cogestion »	51
2. Organisation	51
3. Pouvoirs identiques ou distincts ?	51
4. Fonctionnement	52
5. Divergences entre organes de cogestion et conseil de surveillance	52
6. Recrutement des directeurs	53
7. Sociétés de main-d'œuvre ?	53
8. Le conseil économique central comme organe de cogestion	53
 IV - <i>La participation par voie de négociation collective</i>	 54
1. La négociation comme mode de participation	54
2. Les deux utilisations possibles de la négociation	54
§ 1 - L'exemple américain	54
3. L'expérience américaine	54
4. Quelles sont les décisions négociables ?	55
5. Clauses en matière d'emploi	55

6. Possibilités d'application dans le droit européen	55
§ 2 - La négociation « décisionnelle » avec la société européenne	56
7. Un préalable : la reconnaissance du fait syndical	56
8. Droit des sociétés et droit social	56
9. Absence de conventions collectives européennes	57
10. Un contrat incorporé aux statuts de la société	57
11. Avantages du procédé	57
12. Objet de la négociation	58
13. Absence d'homologation	58
 CONCLUSIONS	 59
 <i>Le choix par voie conventionnelle d'une formule de participation</i>	 59
§ 1 - Propositions	59
1. Combinaison du statut et du contrat	59
2. Les obligations statutaires	59
3. Les modalités de participation	59
4. Leur équivalence fonctionnelle	60
5. Le choix	61
6. Ratification	61
7. La participation non institutionnelle	61
§ 2 - Sanctions	62
8. Position du problème	62
9. Les délais	62
10. Le refus de négocier	62
11. L'échec de la négociation	63
12. Le refus de ratification	63
13. La révision de l'accord	64

AVANT-PROPOS DE LA COMMISSION

Le rapport ci-après sur les modes de représentation des intérêts des travailleurs dans le cadre des sociétés anonymes européennes est le fruit d'un travail effectué au cours de l'année 1968, à la demande de la Commission des Communautés européennes, par M. Gérard Lyon-Caen, professeur à la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, avec l'assistance d'autres experts renommés.

Il s'agit non pas d'une proposition ou d'un avis de la Commission, mais du point de vue personnel du professeur Lyon-Caen sur les possibilités de solution existantes.

La Commission se réserve de prendre position, en temps opportun, sur cette étude, de recueillir l'avis des milieux intéressés et, le cas échéant, d'organiser un colloque sur le même sujet.

INTRODUCTION

1. Les mots

L'objet de ce rapport est de proposer une formule acceptable pour définir le rôle des représentants des travailleurs dans les organes de la société européenne; il fait suite aux propositions contenues dans le rapport dit rapport Sanders (titre V).

Un premier point serait d'éclaircir le vocabulaire, non pour des raisons purement philologiques, mais parce que, comme toujours en droit, il importe grandement d'établir une corrélation précise entre les mots et les réalités, faute de quoi on s'expose à de graves mécomptes. Mais cette nécessaire clarification est ici rendue spécialement malaisée, car il s'y mêle une difficulté de traduction; la langue française, particulièrement pauvre dans ce domaine, emprunte les termes dont elle se sert à la langue allemande, plus ou moins exactement transposée, langue dont la particularité est de pouvoir créer de façon quasi inépuisable des vocables nouveaux et des vocables intraduisibles. Le français contemporain n'emploie que deux mots pour refléter l'extension des droits des travailleurs dans la direction des entreprises, dont l'un est plutôt mal que bien traduit de l'allemand : *cogestion* — et dont l'autre n'a qu'un sens imprécis : *participation*. L'allemand est infiniment plus riche : force sera — en fait de vocabulaire — de rester dans le clair-obscur.

Une certaine équivoque provient aussi de l'emploi mal différencié des mots *société* et *entreprise*. Pour les uns, la société est l'entrepreneur, l'entreprise étant constituée par les biens qu'elle utilise et les personnes à son service. Pour d'autres, la société est l'organisation juridique de l'entreprise. De toute façon, aucun mot ne demande à être utilisé avec plus de précaution que le mot passe-partout d'entreprise. (cf. 1^{ère} partie II, n° 7).

2. Les choses

Mais sous la paille des mots, le grain des choses s'avère aussi difficile à appréhender : il s'agit de l'ensemble de tentatives visant à donner aux travailleurs salariés une part plus substantielle dans les décisions de nature économique prises par ceux qui ont mission de diriger les entreprises et, plus généralement, la vie économique. Il ne s'agit pas simplement d'assurer la *représentation* du personnel, comme on le dit quelquefois, car être représenté auprès d'une autorité n'implique nullement qu'on prenne une part quelconque aux décisions émanant de cette autorité. Il ne s'agit pas non plus d'organiser sur des bases nouvelles la structure de l'entreprise, car cette *orga-*

nisation de l'entreprise, si novatrice soit-elle, peut ne faire aucune place aux travailleurs dans le processus de décision économique.

A cet égard, on admettra une notion de la « cogestion » plus compréhensive et plus précise à la fois que celle admise dans le rapport Sanders. (Le professeur Sanders considère qu'il y a cogestion dès lors qu'il y a représentation des travailleurs au sein des organes de la société). A ses yeux, il y a cogestion, selon le droit de la république fédérale d'Allemagne, du fait que des membres du conseil de surveillance ou du directoire doivent être élus par les travailleurs — ce qui est manifestement vrai. Au surplus, il y aurait cogestion selon le droit de la République française du fait que des représentants avec voix consultative doivent être délégués par le comité d'entreprise au sein du conseil d'administration ou de surveillance : ce second point est plus discutable. L'affirmation procède à tout le moins d'une vision très laxiste de la cogestion, laquelle paraît bien requérir une participation à la décision et non un simple pouvoir consultatif.

Mais, par ailleurs, le professeur Sanders ne retient que la participation institutionnelle et exclut l'hypothèse d'une participation aux décisions par voie contractuelle. D'autre part, il écarte toute participation par représentation des travailleurs dans l'entreprise, et non dans les organes de la société; or, on ne peut se donner comme postulat qu'il n'existe aucune participation à la décision économique à travers des organes créés et fonctionnant dans le seul cadre de l'entreprise.

Il paraît préférable d'accueillir une notion conforme à celle qui prévaut au sein de l'OIT, où sont étudiés actuellement « tous les procédés en vigueur dans le monde... pour faire participer les travailleurs aux processus dans lesquels les décisions sont préparées, prises et suivies » (résolution de la conférence générale, 50^e session — 20 juin 1966; PV du conseil d'administration, 167^e session, 5^e séance, p. 20). « Ceci inclut des méthodes telles que la consultation, l'information, la négociation, la représentation... dans les organes de direction. » Le rapport concluant la réunion technique sur... la participation des travailleurs aux décisions dans les entreprises (Genève, 20-29 nov. 1967), souligne l'impossibilité de donner une définition internationalement valable de la participation, laquelle déborde la création de mécanismes institutionnels. En gros, il y a participation lorsque les travailleurs prennent soit directement, soit par l'intermédiaire de leurs représentants, une certaine part dans l'élaboration des décisions qui les concernent.

En définitive, il s'agit d'un mouvement qui prend une ampleur croissante et qui « vise à rendre la marche de l'entreprise de plus en plus intelligible pour les intéressés, donc plus dépendante de leur activité et aussi de leur consentement » (avis du Conseil économique et social français du 24 mars 1965). On le rencontre même là où existe une économie socialiste ou planifiée.

Ce mouvement déborde en un sens très largement le plan juridique de l'organisation de la société par actions ou même de l'organisation de l'entreprise : il cherche à stimuler l'initiative des travailleurs à tous les niveaux de responsabilité (au lieu de voir en ceux-ci des salariés exécutant passivement des ordres); il cherche aussi une amélioration des techniques de gestion conduisant à la décentralisation de la décision, source d'efficacité (participative management); il s'accompagne de mesures tendant à associer les travailleurs salariés non seulement à la décision économique, mais aussi aux profits réalisés par la firme; (au point que le mouvement d'intéressement aux profits a souvent précédé celui d'association à la gestion, alors que logiquement ils vont nécessairement de pair). Mais la présente étude, centrée sur les seuls aspects juridiques de la participation des travailleurs à la décision, laissera de côté les implications du problème qui touchent aux relations humaines, aux méthodes d'administration, à l'intéressement aux résultats.

3. Le processus de prise de décision

Il importe donc de partir de ce que les sociologues contemporains appellent « *le processus de prise de décision* ». On peut concevoir que le personnel soit associé de plus ou moins près et de façon plus ou moins complète au processus de prise de décision : soit que les travailleurs participent à la *préparation* de la décision, étant informés des éléments qui y concourent, étant consultés sur les différents choix possibles — influent donc sur la décision, mais sans jouer un rôle direct dans la prise de décision elle-même —, soit que les travailleurs prennent une part active à l'*élaboration* de la décision elle-même, étant éventuellement seuls à la prendre (auto-décision) ou y concourant avec d'autres (co-décision), — soit enfin qu'ils ne soient appelés qu'à *contrôler* l'organe habilité à prendre des décisions, ce contrôle s'exerçant éventuellement a priori pour autoriser, mais plus efficacement a posteriori, sur l'exécution des décisions prises et pour censurer.

Peu importent les termes employés; peu importent même les mécanismes juridiques utilisés; ce qui compte, c'est le fond des choses, c'est-à-dire l'étendue et la nature exacte des *pouvoirs* dévolus aux travailleurs salariés.

4. Les fondements juridiques du pouvoir économique

Or, le pouvoir économique, dans la société où nous vivons, découle des quatre fondements juridiques suivants qui s'articulent l'un avec l'autre : tout d'abord le droit de *propriété*, selon lequel le propriétaire d'une chose peut en disposer de la manière la plus absolue, c'est-à-dire sans contrôle; une personne peut ainsi acquérir un bien ou un ensemble de biens productif de richesses et, devenue propriétaire, l'exploiter à sa guise et en tirer profit. En second lieu, la *liberté du commerce* et de l'industrie, selon laquelle il est loisible à toute personne de faire tel négoce, d'exercer telle profession que bon lui semble. Puis le contrat de *société* : si la richesse d'un seul est insuffisante pour faire pleinement fructifier une industrie ou un commerce, il est permis de mettre son avoir en commun en vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter. Or, grâce à un artifice technique, ce ne sont plus les associés qui sont propriétaires et bénéficient de la liberté d'entreprise, c'est la personne morale. Celle-ci est représentée par des agents ou mandataires, lesquels sont détenteurs des pouvoirs que les associés leur ont délégués au nom de la personne morale. Enfin, le quatrième fondement concerne le pouvoir sur les personnes et non plus sur les choses : le *louage de services* explique le pouvoir de commandement que l'entrepreneur, la personne morale ou ses organes exercent sur les travailleurs qui se sont mis à leur disposition moyennant salaire : ce contrat, étant à base de subordination, explique le pouvoir de donner des ordres, lequel se trouve légitimé par le consentement donné, lors de l'embauchage, par le travailleur salarié. Il résulte clairement de ce rapide schéma que les propriétaires d'un capital productif ont la totalité du pouvoir économique qu'ils exercent soit par eux-mêmes, soit par leurs représentants : le pouvoir découle de la *propriété*. Le travail subordonné fait naître une *créance* d'argent, nullement un quelconque pouvoir de contrôle, a fortiori de décision. On ne doit donc se faire aucune illusion sur les difficultés qui jalonnent la route de ceux qui voudraient s'efforcer d'opérer un transfert ou un partage de pouvoir. Il leur faudra beaucoup d'imagination, mais surtout infiniment de modestie.

5. Le projet européen

D'où vient maintenant que ce problème du réaménagement du pouvoir se pose dans le cadre européen? Parce que le projet européen, outre ses propres exigences, agit ici comme un révélateur de courants plus profonds qui préexistent à l'intérieur de chaque nation membre de la Communauté. Ceci peut être clairement montré et il existe de ce fait deux ap-

proches du problème : une approche juridique qui ne tient compte que des impératifs liés à l'élaboration des textes communautaires en préparation, et une approche sociale, qui prend appui sur les préoccupations exprimées par les travailleurs des six pays.

6. Approche juridique : la société européenne

A - Une approche *juridique*. Deux constructions juridiques ont mis le problème de la participation des travailleurs au pouvoir de décision en pleine lumière. Celle qui intéresse la société européenne. Celle qui porte sur la fusion des sociétés dans le cadre européen.

S'il s'agit de la société européenne, il est clair que ses promoteurs n'ont pu ignorer la structure des sociétés commerciales telle qu'elle se présentait dans l'ordre juridique interne des six pays membres. Ils se sont vite trouvés confrontés au problème dit de la représentation du personnel dans les organes de la SE (cf. mémorandum de la Commission présenté au Conseil le 22 avril 1966, n° 25). Or, quelles sont les dispositions du droit des sociétés qui intéressent le statut du personnel de l'entreprise ? Les salariés sont-ils considérés comme extérieurs à l'entreprise, travaillant à son service ; ou, au contraire, comme participant à l'entreprise en tant que membres de celle-ci ? Dans les premier cas, qui correspond en quelque sorte à la conception traditionnelle, le droit des sociétés n'a pas à se préoccuper des questions de personnel. Si même on croit bon de mettre sur pied une représentation du personnel, celle-ci fonctionnera au niveau de l'établissement, mais n'affectera pas les organes mêmes de la société. Dans le second cas, en revanche, il est conforme à une certaine logique de reconnaître aux travailleurs des droits à l'intérieur de la société, de les faire participer aux organes mêmes de celle-ci : le droit des sociétés fait alors nécessairement une place au statut du personnel, collectivement considéré.

Transposée au niveau de la société européenne, ces observations conduisent à opérer un choix entre deux attitudes intellectuelles. Ou bien n'introduire aucune disposition relative au statut du personnel dans le régime à créer pour ce type de société, mais rechercher (éventuellement par la méthode des *conventions* collectives ou des *accords d'entreprise conclus au plan européen*) l'harmonisation des conditions de travail des salariés appartenant aux différentes nationalités et employés par la société européenne ; — ou bien faire figurer, dans le régime à créer de la société européenne, des *clauses relatives à la participation* du personnel à la gestion.

Qu'on veuille bien observer qu'aucune de ces deux orientations n'est, en soi, plus favorable que l'autre, ou supérieure à l'autre au point de vue social. Elles sont simplement différentes.

La décision à prendre est, au demeurant, d'autant plus malaisée que les *droits nationaux des pays européens* se partagent dans des proportions variables entre ces deux familles.

En Grande-Bretagne, le droit du travail est un droit de pure négociation, ne faisant aucune place à la participation du personnel à la gestion. Il en va de même dans les pays du Benelux et en Italie, malgré le texte de l'article 46 de la constitution italienne qui reconnaît aux travailleurs le « droit de collaborer à la gestion des entreprises selon les modalités établies par la loi », ce texte n'ayant pas reçu, jusqu'à présent, d'application effective.

Dans ces pays, même s'il existe des conseils d'entreprise à compétence sociale ou ayant vocation à recevoir des informations économiques, ces conseils d'entreprise ne sont pas des organes de la société.

En Allemagne, au contraire, le droit du travail est à la fois droit de négociation et droit d'intégration, le personnel jouant un rôle important au sein des organes de la société. Le cas de la France est un peu particulier. Certains rangeront le droit français du même côté que le droit allemand du fait que le préambule de la constitution française prévoit, comme l'italienne, la participation des travailleurs à la gestion des entreprises, du fait surtout que les conseils élus par le personnel envoient deux délégués siéger au conseil d'administration. Mais la circonstance que ces deux délégués n'aient voix que consultative incline à penser que le droit français n'est engagé qu'en apparence sur la voie de la participation du personnel à la gestion de la société. Le droit allemand fait donc bien cavalier seul.

Donc, dans un des six pays, l'Allemagne, il existe différentes modalités tendant à faire participer les travailleurs aux décisions économiques à l'intérieur des organes sociaux ; dans un autre, la France, une timide esquisse va dans le même sens ; dans les quatre autres, il n'existe rien de comparable : le personnel n'a aucun droit de participer, même de façon limitée, à la gestion économique. Dès lors, il est clair que le nouveau type de société n'a de chances d'être accepté par l'Allemagne que s'il comporte pour les travailleurs des droits et garanties comparables à celles que connaît la législation allemande — mais risque de n'être admis par les autres États membres que s'il n'en comporte pas. Ceux qui ont reçu mission de rédiger les statuts de la nouvelle société européenne ont ainsi rencontré sur leur route un difficile problème de conciliation qui s'apparente à la quadrature du cercle.

7. La fusion des sociétés

Ce problème, l'ont aussi rencontré les auteurs du projet sur la *fusion des sociétés* dans le cadre euro-

péen : que proposer pour le cas où une société par actions allemande est absorbée par une société non allemande ? Que deviennent les organes dits de cogestion ? Les travailleurs allemands vont-ils perdre les pouvoirs que leur accordait le droit allemand ? Sans être identique à la difficulté suscitée par le projet de société européenne (sauf si l'on décide que la société absorbante doit nécessairement être ou devenir une société européenne, ce qui ramène au cas précédent) — on aperçoit que la fusion fait naître des perplexités analogues.

Partant de là, on peut être tenté de trouver des solutions purement juridiques à ces divergences législatives de nature à desembourber deux projets qui risqueraient sans cela de s'enliser. C'est l'approche technique ou juridique du problème qui caractérise le rapport Sanders.

8. L'approche sociale

B - Mais il est d'autres prolégomènes possibles. Dans une matière qui intéresse autant le droit du travail que celui des sociétés, une directive de principe s'impose : selon les articles 117 et 118 du traité de Rome le rapprochement des systèmes sociaux doit tendre à l'égalisation dans le progrès. Cela ne signifie pas nécessairement un alignement pur et simple sur la solution allemande, car il n'est pas évident, du point de vue de la condition des travailleurs, que la cogestion allemande ait constitué un progrès fondamental pour les salariés. Ce qui, en revanche, doit préoccuper l'esprit des législateurs, c'est de faire en sorte que la création de sociétés européennes présente aussi des avantages pour les travailleurs occupés dans ces sociétés, et non exclusivement pour les détenteurs du capital. La cogestion devient alors la pierre de touche d'une question de vaste envergure, celle des droits des travailleurs au sein des organes des sociétés nouvelles à créer. L'approche n'est plus exclusivement juridique, elle devient sociale : il s'agit de profiter de la gestation d'une nouvelle catégorie de sociétés pour réaliser ce progrès social décisif, que la Communauté économique européenne n'a pas encore apporté aux travailleurs.

9. La démocratie économique

Si l'on creuse cependant un peu sous le terme de progrès social, on est conduit à préciser un peu le genre de progrès que constituerait la participation des travailleurs à la décision économique. Il s'agit bien moins d'une amélioration apportée aux conditions de vie et de travail, que d'un pas sur la voie de ce qu'on a appelé la démocratie industrielle ou mieux la *démocratie économique*. C'est là une revendication qui s'exprime sous des formes diverses dans la plupart

des sociétés évoluées, et indépendamment même du régime économique : donner un certain pouvoir à ceux qui travaillent au lieu de concentrer la totalité du pouvoir soit entre les mains des propriétaires, soit entre celles de l'État ou de leurs représentants respectifs. Les tentatives faites ont toujours échoué (échec du mouvement coopératif sur le plan économique; échec des nationalisations sur le plan social; échec des conseils d'entreprise sauf sur des points limités; échec de la participation aux bénéfices). A une transformation démocratique de la société politique n'a pas correspondu une transformation démocratique de la société économique. Or, cette démocratisation est réclamée pour des raisons très précises, pas exclusivement idéologiques, mais liées à la sécurité de l'emploi. La mauvaise gestion de l'entreprise a des effets pernicieux pour les actionnaires qui peuvent perdre leur mise, mais elle a des effets plus néfastes encore pour les travailleurs qui commencent par voir diminuer les heures de travail et assistent ensuite à des compressions de personnel qu'ils ne peuvent que subir. Les risques de l'entreprise pèsent donc sur les propriétaires, mais surtout sur les apporteurs de travail. Comme on l'a parfois dit, les salariés sont moins liés à la firme pour le meilleur, qu'ils ne le sont pour le pire.

Ils veulent donc pouvoir dire leur mot, car le destin de l'entreprise les laisse de moins en moins indifférents, mais détermine au contraire leur situation globale. La difficulté est évidemment d'y parvenir par des voies légales et pacifiques, et dans le respect de ces institutions fondamentales précédemment mentionnées que sont le droit de propriété, le contrat de travail, le contrat de société, la liberté d'entreprise. Il convient aussi de tenir compte que ceux dont le capital est exposé à certains risques entendent en contrepartie obtenir un profit corrélatif et ne pas voir leur entreprise paralysée par des procédures compliquées au moment des décisions et des choix importants. La préservation du profit et de l'unité de commandement se présentent ainsi comme des exigences antithétiques, en face des aspirations à la démocratie économique. La création de sociétés européennes peut être l'occasion d'un new deal de l'entreprise, d'une condamnation du pouvoir absolu du chef d'entreprise-employeur; elle ne le sera que dans le respect d'un certain nombre de valeurs.

L'appel provient pourtant de nombreux horizons et se fait pressant. L'aliénation de l'homme dans l'entreprise résulte de ce qu'il ne participe pas, qu'il exécute passivement. Sans compromettre l'autorité et l'efficacité de la direction, il faut traiter les hommes dans l'entreprise comme maîtres de leur sort. Ils ne peuvent toujours demeurer extérieurs à l'entreprise, comme des objets, ou mieux comme de simples apporteurs de travail. Ils aspirent à participer à des tâches pour eux compréhensibles et à vérifier qu'ils sont bien dirigés.

L'essentiel n'est pas un nouveau partage des richesses mais un problème de dignité et, finalement, de pouvoir. Et toutes les études faites depuis dix ans confluent vers cette conclusion : « l'entreprise intéresse une société plus vaste que celle des seuls propriétaires » (de Woot). Il importe donc de créer un nouvel équilibre des pouvoirs dans l'entreprise.

10. La souveraineté économique de l'État

Une évolution qui s'est produite dans un autre domaine montre bien qu'il est plus difficile que jadis de fonder la légitimité du pouvoir économique sur le seul droit de propriété de l'entreprise, et qu'un lent glissement a déjà partiellement dessaisi ceux qui ne tiennent leur pouvoir que des propriétaires. Il s'agit des *prérogatives économiques croissantes de l'État*. Dans la sphère purement privée, la légitimité du pouvoir sur les choses, c'est bien le titre de propriété. Mais l'économie ne relève plus de la seule sphère privée. Même si l'on fait abstraction du plan de direction de l'économie, ou de la politique générale des prix et des revenus qui se développent dans tous les pays, il ne faut pas oublier que l'État est seul investi du pouvoir monétaire, du pouvoir fiscal, du pouvoir douanier et dispose de plus en plus du crédit : cela ne fait pas de l'État le maître de l'entreprise privée, loin de là : il incite, il oriente plus qu'il ne statue. Il recourt plus à ce qu'on appelle l'économie concertée ou contractuelle, qu'à la contrainte pure. Il n'en est pas moins vrai que les chefs d'entreprise, — propriétaires ou agents des propriétaires, — *n'ont déjà plus une souveraineté économique complète*. Le phénomène est trop connu pour qu'il soit besoin d'y insister. Il en résulte au minimum que la direction des entreprises ne peut s'exercer dans l'intérêt exclusif des possesseurs du capital, mais doit faire une certaine place à l'intérêt général que défend l'État, doit subir certains contrôles même informels, se plier à des orientations parfois non désirées.

Le processus prépare à d'autres partages ou à d'autres contrôles. Un lien semble manifeste entre la représentation du travail et la représentation de l'intérêt général aux côtés de la représentation du capital. Au nom de sa politique sociale, l'État peut imposer qu'un droit de regard soit reconnu au travailleur sur le sort de ce que celui-ci contribue à créer, en même temps qu'au public, aux consommateurs. Le maintien de l'instrument de travail importe aux travailleurs, car la sécurité de l'emploi en dépend. La paix sociale peut exiger une confrontation permanente et organisée du capital et du travail. De même, les États européens peuvent souhaiter offrir aux travailleurs une alternative aux formes bureaucratiques et autoritaires du socialisme. L'institution de sociétés européennes peut être l'occasion favorable. Une com-

binaison de certaines exigences d'ordre éthique, de certains impératifs d'ordre politique, de certains courants pragmatiques recherchant la simple efficacité économique, est ici évidente et conduit à un accroissement de la participation des salariés à la décision.

11. La thèse du statu quo

Certes, il n'est pas de jour où des *objections* ne s'élèvent contre toute atteinte au statu quo, objections venant d'horizons très différents. Au sein du syndicalisme, on redoute que cela ne mène à l'intégration du mouvement revendicatif et contestataire. Appelé à partager les responsabilités, le syndicalisme ouvrier y perdrait de sa force et ne serait plus en état de poursuivre ses objectifs essentiels : l'amélioration des conditions de vie et de travail des salariés.

Dans les milieux patronaux, on s'oppose à la transplantation de méthodes démocratiques, valables dans la société politique, dans le domaine de la gestion de l'entreprise : la direction doit avoir pleine liberté de décision et une autorité sans partage, que seul l'exercice exclusif du pouvoir peut garantir. Sinon la vie même des entreprises serait lentement menacée. Toutes sortes d'arguments mal reliés au sujet sont mis en avant : la cogestion mènerait à une expropriation ; elle serait contraire à une économie libérale ; elle fausserait le jeu de la politique négociée des salaires ; elle confierait des pouvoirs à des personnes non qualifiées pour les exercer. L'intrusion de syndicats, par définition étrangers aux conditions de fonctionnement de l'entreprise, est enfin redoutée et, plus généralement, le recours à des tiers extérieurs.

Ces affirmations ont pour conséquence le refus d'aborder les questions sociales à propos du statut de la SE. Les relations d'un employeur avec son personnel ne relèvent pas, dit-on, du droit des sociétés, mais du droit du travail. Elles n'ont donc pas leur place dans le statut de la SE (résolutions de l'UNICE et de la Chambre de commerce internationale). C'est malheureusement oublier que l'insertion des problèmes sociaux dans le droit des sociétés ne résulte pas d'un choix arbitraire, mais de l'état de la législation d'au moins un des six pays de la CEE. Si le patronat rétorque qu'un statut trop audacieux pour la SE fera qu'on s'abstiendra de recourir à cette forme de société, il n'est que de constater que le patronat allemand et l'économie allemande s'en sont bien accommodés.

12. Importance de la méthodologie

Le présent rapport est pénétré de la vigueur de ce double refus. Peut-être néanmoins concerne-t-il plus

certaines *formules* de participation que le *principe* même de celle-ci. Et il conviendra donc de rechercher avec soin les formules propres à désarmer les objections qui se dressent de tous côtés. Comme l'a souligné le rapport du BIT précité, il existe de nombreux chemins entre le régime traditionnel où le salarié est un exécutant qui obéit passivement et le self-government des travailleurs : on doit trouver un chemin praticable pour les hommes du dernier quart du XX^e siècle. La participation n'est pas au surplus un *état* qu'on peut déterminer une fois pour toutes; c'est plutôt une *tendance* qu'on doit encourager et qui se définit progressivement. Il y aura lieu de tenir largement compte de cette observation. La participation peut se révéler compatible avec ce qu'il y a de plus fondamental dans l'entreprise : l'in-

novation et la créativité (de Woot). Une bonne orientation dans la recherche est alors fondamentale.

Le présent rapport sera pour cette raison divisé en deux parties. La première sera d'ordre *méthodologique*. Conformément à ce qui a été exposé, il existe deux approches possibles pour résoudre le problème de la participation dans la SE : une approche de pure technique juridique, celle du rapport Sanders, et une approche prenant en considération le fond même du problème. Elles seront successivement suivies.

Le choix d'une méthode ayant été fait, la seconde partie procédera à l'examen analytique des *différentes solutions de fond*, de telle sorte qu'une proposition précise puisse être dégagée en conclusion.

I - EXAMEN CRITIQUE DU TITRE V DU RAPPORT SANDERS

§ 1 - Analyse du titre V du rapport Sanders

1. Solution unitaire et solutions différenciées

La méthode juridique part de cette constatation que le problème de la représentation du personnel dans les organes de la société européenne ne se pose pas en soi, mais seulement à raison de la réglementation particulière existant en Allemagne et en France (on pourrait plus exactement dire : en Allemagne). Pour résoudre ce problème dans le statut de la SE, on pourrait songer en premier lieu à *ne prévoir aucune participation des travailleurs*. La SE, même installée en Allemagne ou en France, serait dispensée d'appliquer la loi allemande ou française. Le danger évident (à moins que des règles draconiennes ne soient établies relativement à l'accès, réservant celui-ci aux sociétés ayant une activité réellement européenne) serait l'adoption de la forme européenne pour échapper à la réglementation nationale. L'autre objection serait évidemment que l'alignement se ferait « vers le bas ».

La seconde solution concevable serait d'imposer à toute SE *une forme (spécifique) de participation des travailleurs* à la gestion. Les difficultés sont alors réelles et ne doivent pas être sous-estimées : si l'on adopte la norme allemande la plus complète (MBG), on risque d'imposer aux États membres de la Communauté, y compris l'Allemagne, une forme de cogestion qu'ils se refusent à introduire comme formule générale dans leur législation nationale et à écarter grand nombre d'entreprises de la forme européenne. Si l'on adopte une norme moyenne, atténuée, telle qu'une participation consultative « à la française » ou la BVG allemande, on risque de se heurter à l'opposition coalisée de ceux pour qui la mesure serait encore excessive et de ceux pour qui elle constituerait un recul inacceptable.

Ces objections, sur lesquelles il est superflu de s'étendre, ont conduit le rapport Sanders à *renoncer à proposer une solution unitaire* (uniforme) soit dans le sens du rejet de la cogestion, soit dans le sens de l'adoption de la cogestion sous une forme quelconque, et à recommander de s'en tenir à ce qui a été appelé des solutions différenciées.

Qu'est-ce à dire ?

2. Renvoi à la loi nationale

La directive générale est de faire régir la SE, en matière de cogestion, par une loi nationale.

Selon une première idée, la société européenne pourrait être purement et simplement soumise à la législation de l'État membre dans lequel elle a son *siège*. C'est la solution inspirée directement par le droit international privé classique. Une SE dont le siège serait à Bruxelles n'aurait pas de représentants des travailleurs dans ses organes. Une SE dont le siège serait à Cologne serait régie par la loi allemande (MBG ou BVG, selon les cas).

Ce renvoi à la loi nationale du siège social n'est pas satisfaisant, car un transfert réel ou fictif de siège risquerait d'être décidé pour échapper à l'application d'une loi mal supportée. Aussi, une autre solution consisterait à prendre comme élément de rattachement non le siège de la société, mais les *établissements* de celle-ci. La loi applicable serait toujours la loi nationale, mais la loi nationale définie par le lieu d'implantation de la majorité de la main-d'œuvre, ce qui ne prête pas aux mêmes fraudes ou aux mêmes manœuvres. Qu'on déplace un siège, c'est là un risque dont la probabilité peut être estimée sérieuse. Qu'on déplace des établissements, des installations, des usines, cela n'est guère vraisemblable. La SE ne servirait donc pas d'échappatoire aux systèmes nationaux de cogestion.

Cependant, les établissements nouveaux risquent d'être implantés en fonction de critères non rationnels, mais dans le dessein d'échapper peu à peu à un certain contrôle du personnel. Une fuite devant la cogestion risque, sur une certaine période, de se produire, s'accompagnant de compression de personnel dans certains pays, comparable ici encore à une sorte de fraude à la loi.

Cette solution, à base de détermination d'une loi compétente, sans référence au fond du problème, mènerait au surplus à des SE très différentes les unes des autres dans leur structure, alors qu'une unité de régime est l'objectif recherché (car sinon pourquoi une société européenne ?).

3. La méthode du rapport Sanders

Le rapport Sanders est, dans ces conditions, amené à faire une part à la loi nationale, mais une part non exclusive. Les prémisses sont les suivantes : prenant pour thème de réflexion les divergences existant entre les législations nationales des pays membres de la CEE et tenant pour indispensable de surmonter techniquement ces divergences sans pour autant insérer dans le statut de la SE une réglemen-

tation autonome de la cogestion, le professeur Sanders tente dans un premier moment de renvoyer le plus grand nombre possible d'hypothèses à la loi nationale; c'est ce qu'il appelle la *délimitation du champ d'application* du statut. Dans un second temps, et à l'intérieur d'un champ d'application restrictivement tracé, le professeur Sanders propose encore d'adapter à la SE les régimes nationaux existants. La première démarche est de renvoi pur et simple à une loi nationale. La seconde démarche est de transposer cette loi nationale dans le statut de la SE, avec les aménagements nécessaires.

4. Les limites supérieures et inférieures

A - Dans un premier temps, il conviendrait de définir de façon stricte le *champ d'application* du statut de la SE, de manière telle qu'au delà d'une certaine limite, celui-ci ne serait pas applicable et qu'en deçà d'une certaine limite, il ne saurait non plus être question de l'appliquer. Ces limites seraient définies en fonction de l'implantation géographique du personnel. Au delà et en deçà, on retomberait dans la loi nationale.

Le personnel travaille-t-il exclusivement ou presque exclusivement (à 90 %) dans des établissements situés sur le territoire d'un pays ayant un régime de cogestion ? C'est la loi nationale de ce pays qui s'appliquerait seule (loi allemande), quel que soit le lieu du siège social de la SE. De la sorte, une société nationale ne saurait se transformer en société européenne pour se soustraire à un régime national de cogestion mal toléré.

En sens inverse, le personnel serait-il occupé totalement ou dans sa large majorité (75 %) sur le territoire d'un des quatre pays qui ne connaissent pas la cogestion ? C'est également le régime national qui s'appliquerait, et on renoncerait à appliquer le statut de la SE. Autrement dit, la loi nationale sur la cogestion s'appliquerait seule si le personnel se trouve à plus de 90 % dans un pays qui a un régime de cogestion; la loi nationale ignorant la cogestion s'appliquerait seule si plus de 75 % du personnel se trouve dans des pays dont la législation ignore la cogestion. Corrélativement, si plus du quart du personnel est employé dans des établissements situés en Allemagne ou en France, le statut de la SE devient applicable. Le recours à la loi nationale et l'emploi de la statistique apparaissent ainsi comme les moyens appropriés de circonscrire la difficulté, de réduire sinon de supprimer intégralement l'obstacle.

Sous une autre forme, on ne renoncerait à l'application de la loi nationale que si plus de 25 % et moins de 90 % du personnel est établi en Allemagne (ou en France). L'avantage proclamé de cet artifice

est de permettre, autant que faire se peut, le maintien de cette conquête sociale que constitue la cogestion allemande, sans l'imposer aux pays qui n'en veulent pas.

Il y a là une approche évidemment séduisante pour la réduction des divergences, évitant dans une certaine mesure de prendre position pour un régime européen sui generis : il s'agit en somme de laisser la cogestion subsister là où elle existe, sans l'introduire là où elle n'existe pas, par l'emploi judicieux de la statistique. La méthode s'inspire de la loi allemande complémentaire sur les holdings, qui impose la cogestion qualifiée là où plus de 50 % des entreprises contrôlées par le holding appartiennent au secteur des mines ou de la sidérurgie. Partant du fait que la société européenne pourrait avoir du personnel travaillant dans des établissements situés sur le territoire d'États pratiquant la cogestion et sur le territoire d'États ignorant celle-ci, il y aurait lieu, dans cette perspective, de rechercher le *pourcentage* du personnel bénéficiant de la cogestion; si ce pourcentage dépasse un certain seuil, la société serait tenue de faire place à la cogestion telle que prévue par la loi nationale dans ses organes; le personnel serait-il, par exemple, à plus de 90 % en Allemagne, la société européenne serait « cogérée » entièrement selon la loi allemande; à plus de 75 % hors d'Allemagne, la société européenne ne serait soumise à aucun régime de cogestion.

5. Pas de régime autonome de cogestion

B - Dans un deuxième temps, le projet recherche quel régime appliquer à l'intérieur des limites ainsi tracées. Comme on l'a dit, il écarte l'insertion dans le statut de la SE d'une *réglementation autonome complète de la cogestion*.

Les raisons données par l'auteur sont très nettes : cela conduirait à demander à l'Allemagne de faire un pas en arrière; à lui demander de renoncer à son régime de cogestion; et, d'autre part, cela conduirait à demander à quatre pays de la CEE d'accepter une modalité de cogestion, ce qu'ils ont jusqu'ici refusé de faire; à exiger d'eux de créer un précédent qui ne saurait manquer d'entraîner des répercussions sur leur législation nationale. L'auteur ne s'est pas cru autorisé, sans études préalables, à émettre de telles suggestions à caractère « politique ».

6. Régime d'adaptation

Aussi a-t-il recours à une méthode qu'il appelle *méthode d'adaptation* tendant à harmoniser les règles prévues dans le statut de la SE avec les régimes nationaux existants. L'idée directrice est ici encore de main-

tenir autant que possible la cogestion là où elle existe, et de ne l'introduire qu'au minimum là où elle n'existe pas (encore). Cette méthode elle-même implique des concessions réciproques qu'on doit s'efforcer d'équilibrer.

A vrai dire, aucune difficulté n'existe lorsque la SE n'exerce ses activités que dans un seul pays où existe la cogestion (transformation ou fusion de sociétés allemandes en SE) ou dans des pays où n'existe aucune représentation des travailleurs dans les organes de la société. Elle n'apparaît que si la SE exerce son activité soit dans des pays à régime de cogestion différent (France, Allemagne), soit dans des pays avec cogestion et sans cogestion (Allemagne, Italie). Le rapport Sanders a ainsi restreint le cercle des problèmes : il n'a pu cependant éviter, à l'intérieur de ce cercle, de faire des propositions positives et celles-ci se résument dans l'adaptation de la cogestion allemande à la SE dès lors que plus de 25 % du personnel travaille dans des établissements implantés en Allemagne.

On propose somme toute un système de cogestion « à l'europpéenne » si plus d'un certain pourcentage (un quart) du personnel est employé dans un pays connaissant la cogestion (France, Allemagne); de sorte qu'il y aurait à la fois une certaine extension de la méthode à des travailleurs non installés en Allemagne si un effectif suffisant du personnel allemand est soumis, et une certaine restriction de la méthode, — au détriment des salariés employés en Allemagne, — si ceux-ci ne constituent qu'une fraction négligeable du personnel. Le procédé se présenterait donc comme à base de concessions réciproques : les salariés allemands trop peu nombreux y perdraient; les salariés allemands suffisamment nombreux feraient profiter de la cogestion des autres salariés européens au service de la même société.

7. Les trois variantes

Mais cette adaptation de la méthode allemande à la SE peut se faire de différentes façons et l'auteur envisage *trois variantes* possibles (qui sont en fait trois régimes possibles de cogestion européenne).

a) La première est l'adaptation pure et simple à la SE des formules allemandes de cogestion (MBG et BVG). Déjà on aperçoit que cette première variante doit être dédoublée: si la partie allemande de l'entreprise devait être exploitée selon la MBG, c'est une adaptation de celle-ci qui est proposée, avec un *conseil de surveillance paritaire* et un *directeur du travail*; si la partie allemande de l'entreprise devait être exploitée conformément à la BVG, c'est une adaptation de celle-ci qui est suggérée, avec un conseil de surveillance composé pour un tiers de représentants des travailleurs. Deux observations suffiront ici : le projet ne retient pas la désignation par les organisations syndicales cen-

trales comme le fait la législation allemande, mais seulement l'élection par le personnel de l'entreprise. D'autre part, il réglemente minutieusement la composition de l'organe électoral, point délicat dès lors qu'il y aura lieu d'organiser des élections internationales.

- b) La seconde variante consiste dans la création d'un *organe spécifique de cogestion*, extérieur au conseil de surveillance mais pourvu des mêmes pouvoirs que celui-ci. L'auteur du rapport ne dissimule pas ses préférences pour cette formule, car il n'y a pas à équilibrer le nombre des membres élus du personnel et de ceux élus par les actionnaires, et elle peut être plus facilement acceptée par les pays ignorant la cogestion. Il passe rapidement sur les inconvénients, lesquels tiennent à la difficulté de concilier ou d'arbitrer les divergences entre les deux organes investis des mêmes pouvoirs. Les statuts de la SE auront une assez large marge d'autonomie pour organiser le fonctionnement de ce nouvel organe.
- c) Enfin, la troisième variante consiste en la possibilité pour chaque SE de prévoir *dans ses statuts* un régime spécifique de cogestion. Il lui est fait obligation de contenir de telles dispositions; mais le contenu de ces dispositions est libre. La seule réserve est que ce régime « conventionnel » de cogestion doit être approuvé par une autorité nationale compétente, qui s'assurera du respect du statut.

8. Une cogestion nécessairement institutionnelle

La caractéristique commune de ces trois variantes est de consacrer dans la SE la méthode de la *cogestion institutionnelle*, c'est-à-dire par incorporation de représentants du personnel dans les organes de la société par actions. Elles ne se distinguent les unes des autres que par la *forme* qu'elles donnent à cette cogestion institutionnelle. Le rapport a de lui-même écarté toute autre méthode de participation aux décisions, puisque son but est seulement — partant de ce qui est — de l'adapter à la SE.

9. Mais une cogestion très différenciée

Si on laisse de côté ces trois variantes A - B - C, sur lesquelles on se propose de revenir, car elles sont en réalité trois solutions de fond susceptibles d'être retenues pour la future société européenne, l'esprit du projet Sanders peut être caractérisé comme suit : il n'a pas voulu retenir une solution *unitaire* applicable à toutes les SE. Il a voulu en quelque sorte dissoudre l'obstacle surgi des divergences législatives et, à cet

effet, n'a retenu que ce qu'il a lui-même qualifié de solutions *différenciées*.

Il y aurait ainsi, selon le projet, au minimum treize types de SE se ramenant à huit modèles :

- a) Société dont 90 % du personnel travaille en Allemagne dans le secteur du charbon et de l'acier: application de la MBG sans adaptation.
- b) Société dont 90 % du personnel travaille en Allemagne en dehors du secteur du charbon et de l'acier : application de la BVG sans adaptation.
- c) Société dont 90 % du personnel travaille en France : application de la loi française de 1945-1966 sur les comités d'entreprise.
- d) Société dont 75 % du personnel travaille en Italie ou dans le Benelux : aucune cogestion.
- e) Société dont plus de 25 % mais moins de 90 % du personnel travaille en Allemagne, le surplus étant en Italie ou au Benelux.

Quatre sortes de sociétés sont alors imaginables :

- e¹) application du régime d'adaptation dérivant de la MBG si l'activité relève du charbon et de l'acier;
- e²) application du régime d'adaptation dérivant de la BVG;
- e³) application du régime d'adaptation comprenant un organe propre de cogestion;
- e⁴) application d'un régime d'adaptation fondé sur la cogestion statutaire.
- f) Société dont plus de 25 % mais moins de 90 % du personnel travaille en France, le surplus en Italie ou au Benelux : application de la loi française de 1945-1966 (sans adaptation d'après le projet). Même formule que c).
- g) Société dont plus de 25 % du personnel est en France et plus de 25 % du personnel est en Allemagne : application d'un des quatre régimes d'adaptation (cf e¹, e², e³, e⁴), à l'exclusion de la loi française.

§ 2 - Critique du titre V du rapport Sanders

10. Critique de méthode

Ce projet appelle les remarques méthodologiques suivantes. Les premières sont dirigées contre le principe de la méthode retenue. Tout d'abord, et dès lors qu'on renonce à imposer une solution unitaire, il y a une certaine contradiction à créer un régime européen, même d'adaptation. Ne serait-il pas plus conforme à l'esprit de la méthode des solutions différenciées de

renvoyer purement et simplement à la loi nationale, définie comme loi du pays où serait établie la majorité du personnel ? Si, en revanche, on estime cette technique inadmissible et si un régime propre à la SE doit être mis sur pied — régime sur lequel il faudra donc de toutes manières se mettre d'accord —, ne serait-il pas plus simple d'appliquer ce régime européen pour toutes les sociétés européennes, sans laisser alors aucune place aux régimes nationaux ?

En cumulant régimes nationaux, à l'extérieur d'une certaine zone, et régime européen, à l'intérieur de limites fixes, on multiplie les variétés de SE et on tourne le dos à l'objectif que se proposaient d'atteindre les initiateurs de cette formule inédite de société. Sous une autre forme, dès lors que la délimitation d'un champ d'application ne dispense pas d'élaborer un régime commun, le problème à résoudre reste entier : le mécanisme des « seuils » ou des limites inférieure ou supérieure recule peut-être la difficulté; il ne la supprime pas.

11. Critique des seuils ou limites

En se plaçant à l'intérieur même de la méthode employée, on peut encore faire observer d'abord que la détermination des *seuils* est matière à appréciation; elle est nécessairement arbitraire et relève d'un choix politique : pourquoi exiger 90 % du personnel sur un territoire afin que la loi nationale sur la cogestion s'applique ? N'est-ce pas un pourcentage excessif ? 75 % ne serait-il pas un palier suffisant ? En second lieu, le second seuil n'est guère satisfaisant pour la logique dans l'hypothèse où la proportion de salariés travaillant en Allemagne, tout en dépassant 25 %, reste inférieure au chiffre des salariés italiens ou belges ou néerlandais (par ex. 30 % de salariés en Allemagne dans le cas mentionné plus haut et 70 % en Belgique). C'est la plus faible part qui impose sa loi à la plus forte.

L'existence d'une limite inférieure pour protéger les pays sans cogestion est du reste critiquable: le projet élabore un régime de cogestion pour la SE, il en écarte les travailleurs des pays comme l'Italie ou ceux du Benelux s'ils sont plus de 75 % des travailleurs occupés par la SE, au prétexte que leur législation ignore la cogestion: c'est là une certaine discrimination à leur égard; car s'ils ne sont plus que 60 %, ils bénéficieront d'un régime de cogestion inspiré du droit allemand. Dès lors que la SE est susceptible de comporter un régime spécifique de cogestion, pourquoi ne pas en faire profiter tous les travailleurs qu'elle emploie, sans limite inférieure ? La discrimination en fonction du chiffre des effectifs et selon le lieu de travail, dès lors qu'est écarté le renvoi pur et simple à la loi nationale, devient vite une discrimination selon la nationalité.

12. Critique du maintien de la BVG et du système français

En outre, on comprend qu'il existe une limite supérieure (90 %) pour assurer le maintien au profit des travailleurs allemands du régime de la MBG (cogestion qualifiée ou paritaire). Mais le régime européen qui est proposé ne sera évidemment pas moins favorable que celui de la BVG ou que la prétendue cogestion « à la française » ; dès lors pourquoi, par un seuil, assurer le maintien de ce régime national auquel les intéressés ne tiennent pas ? Ne serait-il pas préférable de leur appliquer le régime européen ? Alors que la fuite devant le MBG doit être évitée, car il s'agit d'une cogestion véritable, le même raisonnement ne peut servir pour le BVG que le patronat tolère parfaitement, ou pour la loi française qui n'a de cogestion que le nom.

13. Critique de fond

Une autre objection difficilement évitable est de conduire à un mélange de nationalités au sein des organes de cogestion (organe spécial ou conseil de surveillance) et à grossir le nombre des membres de ces organes afin que toutes ces nationalités soient éventuellement représentées. Et comme les conceptions économiques et politiques des syndicats des six pays de la CEE ne sont pas identiques, il risque de se produire au sein des organes de la SE des conflits et de nationalité et de doctrine.

14. Critique de la place faite à la formule allemande

Enfin, certains ont pu reprocher au rapport Sanders de reposer sur une conception trop restrictive de la cogestion, celle-ci étant définie uniquement comme la représentation des travailleurs dans les organes de la société. Il peut exister d'autres modalités de participation à la décision, qu'il n'y a aucune raison d'exclure. Somme toute, le rapport n'a pris en considération que les formules allemandes pour les conserver ou les adapter, s'interdisant toute innovation.

Mieux : dans la variante A qui est la plus proche de la législation allemande, le rapport ne retient cependant pas la participation directe des syndicats aux organes sociaux, laquelle est sans doute l'apport le plus original de la MBG. Cette édulcoration du droit allemand ne sera pas facilement acceptée par les intéressés.

15. Critique émanant des organisations professionnelles

Il ne faut donc pas s'étonner de ce que le rapport Sanders, malgré l'extraordinaire habileté juridique qui le caractérise, n'a pas convaincu les partenaires sociaux. Il suffira de mentionner le document 412/67 du Conseil économique et social : il y est regretté qu'« on se soit plus occupé de l'aspect *juridique* et formel du problème que de la question de *fond* » ; « on a été apparemment plus occupé d'éviter que le statut européen constitue un moyen d'*évasion* à l'égard de certaines législations nationales, que de juger quelles seraient les solutions les plus *souhaitables* ».

Et ce document poursuit en exprimant le vœu que les règles soient « *les mêmes, sans discrimination*, selon le siège de la société ou la nationalité des associés ou des travailleurs », même si les modalités d'application ne sont pas identiques, et soient laissées à l'appréciation et à la concertation des partenaires sociaux.

C'est laisser la porte ouverte à une différenciation, mais à une différenciation qui découlerait de négociations collectives dans le cadre de chaque SE.

16. Pour un statut européen de la participation, commun à toutes les SE

Les raisons données pour écarter l'institution d'un régime autonome complet propre à la SE et pour choisir la simple adaptation des règles nationales existantes n'ont donc pas convaincu tout le monde. D'autant que malgré l'apparence, sous couleur d'adapter, les trois variantes — surtout la seconde et la troisième — sont bel et bien des régimes originaux, autonomes, complets de cogestion, propres à la société européenne. Même si le rapport n'échappe pas, de ce fait, comme on l'a dit, à une certaine contradiction, les trois variantes sont déjà trois solutions de fond très étudiées et sur lesquelles la présente étude entend prendre appui.

Dès lors, il semble préférable de dire : il n'y a que deux méthodes : l'une, le renvoi à la loi nationale, l'autre, l'établissement d'un régime européen ; et ces méthodes ne sont pas conjointement et simultanément utilisables. Puisqu'il s'agit de créer un nouveau type de société, distinct de celui reconnu par les lois nationales, il paraît plus satisfaisant de doter ce type de société de règles propres, dans tous les domaines, y compris celui de la participation du personnel.

A la méthode « juridique » on préférera la méthode « sociale » qui tient compte des aspirations convergentes des travailleurs dans les différents pays et qui permet de dégager une réglementation *unique* applicable à *toute* SE, et insérée dans le statut européen de celle-ci.

II - PRINCIPES ET MÉTHODES DE RECHERCHE

1. Une comparaison fonctionnelle de modèles

Le terrain étant ainsi ouvert pour une libre recherche, orientée vers la découverte d'une solution de fond, il importe d'en définir les méthodes et l'esprit. Certes, cette recherche est dominée par le fait qu'il existe dans le droit allemand un régime original de participation des travailleurs au fonctionnement de la société par actions. Mais, précisément, ce qu'il importe de déterminer, c'est à quels besoins profonds correspond ce régime et quels objectifs il se propose d'atteindre. Car il n'est pas interdit de penser que ces besoins peuvent être satisfaits par d'autres moyens et que ces objectifs peuvent être réalisés diversement. En somme, la méthode de recherche employée doit être celle de la *comparaison fonctionnelle* des méthodes de participation, selon une approche structuraliste des droits en vigueur.

La voie allemande est-elle la seule opératoire ? Alors, force sera de trouver pour la SE des normes juridiques qui s'en inspirent de plus ou moins près. Y a-t-il des « *solutions de rechange* » permettant d'atteindre des résultats équivalents par d'autres voies et plus acceptables pour les autres parties intéressées ? Alors, ces autres voies devront être aussi explorées, afin que soit proposée celle convenant le mieux aux données spécifiques de la construction européenne.

L'emploi de la méthode comparative sera complété par celui de la méthode sociologique.

§ 1 - Recherche comparative

2. Les trois types de participation

Les *mécanismes* au travers desquels s'exerce l'influence des travailleurs à l'intérieur de l'entreprise ou de la société peuvent être très différents : consultation paritaire, négociation collective, codécision dans les organes de la société.

L'essentiel est d'écarter la décision unilatérale de la direction, de rétrécir le champ des prérogatives réservées de l'employeur, jadis illimité. Et, corrélativement, de permettre aux salariés de s'exprimer et de faire prévaloir leur point de vue.

- a) Cela peut prendre la forme de *l'information et de la consultation sans aucun partage de pouvoir*

par le truchement de conseils ou comités élus dans l'entreprise. La direction continue à porter seule la responsabilité des décisions prises par elle; et il n'appartient pas aux syndicats ou représentants des travailleurs de partager cette responsabilité. Ils peuvent seulement exercer une influence indirecte sur les décisions.

C'est le procédé le plus répandu.

- b) Cela peut aller plus loin dans l'association des travailleurs à la gestion : aux États-Unis, le mécanisme permettant d'influencer les décisions et de rogner les prérogatives de l'employeur est celui de la *négociation collective*. Ce mécanisme exerce une séduction certaine en Italie, et même en Allemagne. Ses partisans considèrent qu'il y a une opposition d'intérêts réelle entre l'entreprise et les travailleurs, que la création d'organes internes à l'entreprise ne peut que masquer. Mieux vaut admettre franchement l'existence de ces conflits et les résoudre par la seule méthode acceptable : la négociation. Là où les salariés seront en position de force suffisante, ils influenceront la politique économique de l'entreprise. Les salariés n'entrent dans aucun organe de la société ni de l'entreprise. Ils exercent leur influence de l'extérieur.
- c) Enfin, la participation pourra aussi consister dans l'admission des salariés à *l'intérieur des organes mêmes de la société* où se prennent les décisions : soit pour participer à *l'élaboration* de celles-ci, soit pour *contrôler* la gestion.

Certaines formules intermédiaires entre les trois précédentes peuvent éventuellement être conçues. Aucune ne doit être prioritaire. Le principe d'un choix entre ces modèles suppose en premier lieu la détermination du *niveau* auquel peut se situer la participation (A), du *cadre* de celle-ci (B), des fonctions auxquelles la *participation* est applicable (C).

3. Le niveau de la participation

La participation aux décisions économiques a été envisagée en Allemagne au niveau de l'entreprise ou de la société, c'est-à-dire au niveau micro-économique. Elle peut trouver son terrain d'élection au niveau de la branche économique. Elle peut être recherchée enfin dans le cadre de l'économie globale, c'est-à-dire dans un contexte macro-économique. Les États se répartissent en fonction de ces diverses techniques. Ne faut-il pas en tenir compte et ne pas accorder une valeur excessive à la cogestion au niveau de l'en-

treprise, selon le droit allemand ? Une solution de rechange ne pourrait-elle être la participation aux décisions économiques générales ?

4. Branche d'activité; économie globale; entreprise

Certains pays, principalement la Hollande et, à un degré moindre, la France, associent les syndicats de salariés à certaines décisions prises *au sommet* : leur participation à un conseil économique et social, leur présence dans les organismes où se prépare le plan de développement de l'économie, revêtent une importance d'autant plus grande que l'État joue un rôle d'impulsion croissant dans l'orientation de l'économie. En Hollande, en Belgique sur une moins vaste échelle, il existe des organismes investis de pouvoirs de décision à l'échelon *de la branche* ou du secteur de l'économie, et composés de représentants des employeurs et des travailleurs. Leur compétence est parfois réglementaire et s'étend aux questions sociales et économiques (ex. : *Bedrijfschappen* et *Produktschappen* aux Pays-Bas où l'on parle d'une organisation professionnelle de droit public; — conseils professionnels en Belgique). Ailleurs, des organismes analogues existent également, quoique avec pouvoir simplement consultatif. Ainsi, il est fréquent dans la CEE que la participation soit recherchée ailleurs que dans l'entreprise. En pareil cas, l'essentiel est manifestement la participation à la programmation économique et à la politique de formation des salaires et des prix. Même si le plan n'est qu'indicatif, la participation des organisations syndicales de travailleurs y est fondamentale et constitue une large part de leurs pouvoirs de décision économique. Ainsi en France (commissions dites de modernisation — conseil supérieur du plan — commission de développement économique régional); et maintenant aussi en Belgique ou en Italie. Ajoutons que se développent de plus en plus, au sein de la CEE, des formes non institutionnelles de concertation économique, qui font aux groupements professionnels une part plus ou moins grande.

Si bien qu'apparaît un contraste entre deux sortes de pays : en Allemagne, c'est sur le plan de l'*entreprise* que tend à se définir le rôle exact des travailleurs en matière économique (le collège d'experts sur le plan national ne fait pas de place aux syndicats; — il n'y a pas de conseil économique et social, ni de planification). Au contraire, en Italie se développe une coopération non institutionnelle déjà sur le plan national et sectoriel, coopération à laquelle les syndicats prennent part. En outre, il existe un conseil national de l'économie et du travail; la planification y croît en importance. Mais c'est surtout en Hollande (conseil économique à pouvoirs de décision, conseils professionnels de branche) que le rôle des organisations syndicales s'est orienté plus sur le plan global que sur celui de l'entreprise; on pourrait faire la même remar-

que pour la France, et à un moindre degré pour la Belgique.

Il ne s'agit pas ici d'exprimer une préférence pour une formule plutôt que pour une autre, mais de poser la question : les pays qui ignorent la participation des travailleurs dans le cadre de l'entreprise (France, Italie, Benelux), ne reconnaissent-ils pas, en contrepartie, un contrôle direct des syndicats sur l'économie nationale ? Est-il indispensable de s'enfermer dans le droit des sociétés pour définir une formule de participation à la vie économique ? Ne parvient-on pas ici et là à des résultats identiques par des voies différentes ? Le problème n'est-il pas mal posé ? Et ne peut-on débarrasser le projet de statut de la SE de ce handicap ?

De bons esprits pourraient de la sorte, à partir d'une comparaison des pouvoirs détenus par les travailleurs sur le plan macro-économique et de ceux qui leur sont reconnus sur le plan micro-économique, en tirer la conclusion que certains pays ont préféré une méthode, d'autres pays une autre et qu'au total, une équivalence existe : les résultats sont atteints par des voies différentes, mais ces résultats sont analogues.

5. L'impossible comparaison du micro-économique et du macro-économique

Cependant, il ne paraît pas possible, en l'état actuel des connaissances économiques et juridiques —, de tirer un quelconque enseignement d'une telle comparaison globale. D'un point de vue purement logique, les pouvoirs qui s'exercent au niveau de la branche économique ou de l'économie globale peuvent suppléer les pouvoirs absents au niveau de l'entreprise, ou vice versa. Mais d'abord, il est impossible d'avoir des informations précises sur ce point. Un panorama des institutions n'est ici d'aucun secours. Qui peut mesurer l'influence exacte exercée par le mouvement syndical sur la politique économique d'un pays ?

A supposer en second lieu qu'il soit possible d'apprécier avec rigueur le degré de pouvoir appartenant aux représentants du monde du travail, — comment comparer avec une participation reconnue au plan de l'entreprise ? La comparaison requiert des termes comparables, même si elle ne se limite pas à une comparaison statique et prétend être une comparaison fonctionnelle. Or, il n'y a rien de comparable entre le nombre des représentants salariés dans un conseil économique et social et leur nombre dans le conseil de surveillance d'une société par actions. Il n'y a rien de comparable entre la consultation organisée dans le cadre de l'entreprise et celle qui fonctionne auprès des pouvoirs publics; celle-ci peut fluctuer au gré de la conjoncture politique ou sociale.

Les auteurs qui ont étudié les formes de la coopération

entre pouvoirs publics et organisations professionnelles ont souligné l'importance des formes non institutionnelles, purement officieuses, de concertation; ceci ne rend que plus malaisé l'établissement d'un parallèle rigoureux entre celle-ci et celle qui est pratiquée dans l'entreprise.

Enfin, ce qui est en jeu, ce sont les structures nouvelles de la SE à créer. On voit difficilement comment ces structures pourraient être différentes ici ou là, en fonction de l'influence que détiennent par ailleurs les organisations professionnelles sur la vie économique nationale. Il faut donc se résigner à définir les droits des travailleurs exclusivement au sein de la cellule économique de base, sans référence aucune aux droits qu'ils détiennent à l'extérieur.

Ce qui est sûr, en revanche, c'est que si les travailleurs ou le mouvement syndical ne se voient investis de pouvoirs réels que dans l'entreprise, ces pouvoirs seront d'une efficacité réduite s'ils ne trouvent pas leur prolongement dans un cadre plus vaste. Mais on ne doit tirer de l'existence d'un début de participation à la vie économique nationale aucun *alibi* pour refuser aux travailleurs un quelconque pouvoir dans l'entreprise. C'est bien là qu'est l'aliénation; c'est bien là que se trouve la source d'un pouvoir nouveau qui — comme le pouvoir politique — a besoin de contrôle et de contrepoids.

6. Le cadre de la participation

Quel est alors le cadre juridique dans lequel il convient d'organiser la participation ? La réponse à cette question revêt un caractère fondamental, car les fonctions économiques auxquelles on peut désirer associer le personnel ne sont pas conçues de la même façon dans chaque cadre juridique : la loi allemande opte pour le cadre de la société, tout en s'appuyant complémentirement sur celui de l'entreprise (ou de l'établissement). Les autres législations optent plutôt pour le cadre de l'entreprise. Il y a un courant moderne pour souhaiter la participation dans un cadre plus restreint encore, celui de l'atelier décentralisé ou autonome.

7. Société ou entreprise ?

Le choix est donc d'abord entre la société ou l'entreprise. Les deux expressions sont parfois employées l'une pour l'autre. Mais s'il existe une notion relativement claire de la société, rien de plus obscur que la notion d'entreprise. Si on laisse de côté le contrat d'entreprise (louage d'ouvrage) — on trouve un premier sens usuel mais abstrait, selon lequel l'entreprise est ce qui est entrepris, c'est-à-dire l'exécution d'un

dessein, d'une opération, d'une manœuvre, exigeant évidemment un certain nombre de moyens.

D'où un *second sens* plus concret : l'entreprise serait un ensemble de biens, objet de propriété de celui qui entreprend, ou entrepreneur, (personne physique ou morale); des usines, des établissements, des bureaux, etc. En ce sens, on travaille dans une entreprise. D'objet de droit, l'entreprise peut être promue au rang de sujet de droit et c'est alors un *troisième sens* qui apparaît : l'entreprise est propriétaire de moyens matériels, et emploie de la main-d'œuvre qui est à son service. Sauf le cas de l'entreprise individuelle, où elle se confond avec l'entrepreneur (le propriétaire, le patron), l'entreprise se confond alors plus ou moins exactement avec la société. Enfin l'entreprise est parfois comprise, dans un *dernier sens*, comme une communauté d'hommes travaillant à la production de biens ou de services, chef, cadres et salariés confondus : un exemple de l'entreprise ainsi définie est constituée par la coopérative ouvrière de production, catégorie marginale.

Il n'est pas indispensable de discuter de ces différents sens du mot entreprise. Si la représentation du personnel a souvent été organisée dans le cadre de l'entreprise (ou d'un de ses éléments composants : l'établissement); si même les représentants du personnel ont reçu, dans ce cadre, différents pouvoirs d'ordre social, il est particulièrement difficile de leur reconnaître des pouvoirs de décision économique pour cette simple raison que l'entreprise n'a pas, en général, de consistance juridique. La seule réglementation juridique dont elle est l'objet porte uniquement sur la représentation du personnel (conseils et comités d'entreprise), représentation orientée dans le sens d'une collaboration passive, non dans celui d'une participation aux décisions.

Si l'objectif désiré est de faire contribuer les travailleurs à la décision économique, le cadre de l'entreprise est particulièrement impropre : en effet, les décisions économiques sont prises par l'entrepreneur individuel ou par les organes de la société personne morale. Il n'y a pas d'organe distinct de l'entreprise où s'exprimeraient les intérêts propres de celle-ci. Sans écarter à l'avance totalement la possibilité de faire jouer aux organes de l'entreprise (conseils, comités) un rôle plus important, il est donc manifeste que c'est le cadre de la société qui apparaît comme le plus approprié. Du reste, le projet est de créer des sociétés européennes, non des « entreprises européennes ». Les décisions les plus importantes pour le droit des travailleurs sont prises par la direction de la société.

Cette observation générale faite, et à l'intérieur de chacun de ses cadres : société et entreprise, il est indispensable d'examiner comment le pouvoir économique s'exerce et comment les mandataires du personnel pourraient venir s'insérer à côté ou à l'intérieur des organes qui exercent le pouvoir.

8. Le pouvoir dans l'entreprise

Dans l'entreprise, les pouvoirs sont tous entre les mains du chef d'entreprise qui peut tout au plus en déléguer certains. Ce sont des pouvoirs de direction (pouvoir « exécutif »), de réglementation intérieure (pouvoir « législatif »), de discipline (pouvoir « judiciaire »). Le personnel de direction et d'encadrement peut se voir confier partie d'entre eux.

L'essentiel est le pouvoir de direction économique qui est dévolu sans partage au chef d'entreprise (entrepreneur ou agent de la personne morale qui exploite l'entreprise).

Quant au comité ou conseil d'entreprise, l'habitude est de considérer qu'il reçoit des pouvoirs réels de décision en matière sociale, non en matière économique. Mais on pourrait objecter que, de plus en plus, *le social et l'économique sont liés*. D'où une tendance encore incertaine à lui reconnaître des droits encore imprécis et limités dans les matières économiques à incidences sociales (ex. : politique de l'emploi « lato sensu »). On peut classer les droits de ces représentants du personnel comme suit : au degré inférieur, ils ont la faculté d'être informés. L'*information* est un terme élastique, car il y a une information qui ne va pas au delà de ce qui est admis, à savoir le public (public relations) et il y en a une autre qui met à nu la politique de la firme. Mais l'information (d'autant qu'elle est limitée par la règle du secret) ne se confond jamais avec la décision. A l'étage au-dessus, les comités et conseils élus ont le droit d'être consultés : la *consultation* débouche normalement sur le pouvoir d'émettre vœux et suggestions, quelquefois même de la propre initiative des intéressés et sans sollicitation du chef d'entreprise. Mais la consultation ne se confond pas avec la décision, pas plus que l'information. Au niveau encore supérieur, les représentants des salariés pourraient se voir attribuer un pouvoir de *délibération* dont les modalités, à vrai dire, ne peuvent être nettement précisées, car ce pouvoir n'a jamais pénétré, en droit positif, ailleurs que dans les matières purement sociales. D'ailleurs, la façon dont sont organisés les conseils et comités d'entreprise ou d'établissement rend particulièrement ardue l'introduction d'un droit de délibération à l'intérieur de l'entreprise. Notamment, aucune distinction claire n'est faite au sein de ce pouvoir délibérant entre pouvoir de *contrôle* et pouvoir de *gestion* ou de *direction*. L'idée d'une constitution de l'entreprise, malgré les applications qui en ont été faites en Allemagne (BVG) n'est pas encore un concept opératoire; il n'y existe pas de centres de décision précis autre que le chef d'entreprise, ni de fonctions conçues comme distinctes, exercées par des organes distincts et qui collaborent.

On peut donc conclure que la structure du pouvoir dans le cadre de l'entreprise rend malaisée l'insertion d'un organe émanant du personnel, qui serait associé

à une prise de décision ou même à un contrôle de la gestion.

Il en va autrement dans le cadre de la société, singulièrement de la société par actions, à laquelle ces remarques sont limitées.

9. Le pouvoir dans la société commerciale

La société par actions est fondée sur une organisation plus différenciée du pouvoir. Des organes distincts reçoivent des attributions différentes et l'insertion du personnel n'est pas difficile à imaginer. Il y a une constitution de la société, alors qu'il n'y a pas de constitution de l'entreprise.

Une observation préalable mérite toutefois d'être faite. Dans cette structure juridique que constitue la société peut n'exister qu'une apparence de pouvoir. La réalité du pouvoir s'exprime aujourd'hui dans le cadre du groupe de sociétés, lequel ne correspond le plus souvent à aucune notion juridique précise. Il est aujourd'hui prématuré de prétendre aménager, au profit des travailleurs, l'exercice du pouvoir économique au sein d'un groupe. Mais il est probable que la nécessité s'en fera ultérieurement sentir, au cas où une société européenne ne serait elle-même qu'un astre d'une constellation plus vaste, éventuellement contrôlée de l'extérieur par une société nationale ou elle-même européenne.

Si au sein d'un groupe de sociétés coexistent des sociétés de production, d'outillage, de personnel, contrôlées par un holding, le risque est grand que la participation ne soit organisée que là où l'effectif de salariés sera le plus élevé et où elle est dépourvue de portée (société de personnel par exemple). Peut-être l'observation est-elle prématurée; un jour viendra, de toute façon, où la participation devra avoir pour cadre le groupe lui-même, sous peine de perdre toute efficacité.

10. Les deux modèles de société

Dans le droit commercial des pays de la CEE, on rencontre *deux modèles* d'organisation dont il apparaît bien que le premier est une survivance du passé, alors que le second préfigure l'avenir. Les centres de décision n'y sont pas situés au même endroit.

A - Le *premier* construit la vie de la société autour de deux organes : un organe délibérant et « législatif » : *l'assemblée générale*; un organe de gestion : *le conseil d'administration*, responsable devant l'assemblée comme un gouvernement l'est devant un parlement. Mais deux faits ont altéré ce mécanisme d'apparence démo-

cratique; d'abord l'absentéisme et le désintérêt des actionnaires qui a entraîné une décadence du contrôle sur le conseil, promu ainsi au rang d'organe tout-puissant; ensuite, l'incompétence des administrateurs qui a conduit à remettre la *direction* effective, distinguée de la gestion, de la société entre les mains d'une seule personne (président-directeur général, administrateur délégué). L'insertion du personnel dans cette structure est malaisée; elle a été tentée par la législation française, sans succès (présence de deux élus du personnel au conseil d'administration, mais avec voix purement consultative). Le centre de décision est quasi unique (direction générale) et se prête mal à la participation.

11. Gestion collective et contrôle

B - Le second modèle rassemble la voie sociale autour de trois et non plus de deux organes : l'*assemblée générale*, qui subsiste mais dans laquelle on se résigne à ne plus voir un organe effectif de délibération et de contrôle, mais un organe d'information, n'intervenant au surplus que dans les hypothèses graves; le *conseil de surveillance*, qui exerce des pouvoirs d'orientation et de contrôle réguliers et suivis; le *directoire*, auquel est confiée collectivement la gestion quotidienne de la société. Il dispose de pouvoirs propres et peut accomplir tous les actes intéressant la société dans la limite de l'objet social. L'exercice solitaire du pouvoir disparaît comme disparaît le pouvoir incontrôlé. Du point de vue de la participation du personnel, cette organisation présente l'avantage évident de rendre infiniment plus aisée l'insertion de représentants des travailleurs dans les organes sociaux : tout spécialement, une fonction propre de contrôle y apparaît, comme y est reconnu le caractère collégial de la direction.

D'autre part, il importe d'observer que le lien entre la propriété et le pouvoir est moins nettement maintenu : certes, les membres du directoire restent des agents de la personne morale et agissent donc dans l'intérêt des associés. Mais la gestion des affaires est devenue une technique (management); ceux qui s'y consacrent se sentent de moins en moins sous la dépendance directe des propriétaires; ils défendent les intérêts de la firme en elle-même. Et s'ils sont contrôlés par les représentants des propriétaires (conseil de surveillance), rien n'empêche qu'ils aient des comptes à rendre à d'autres (à l'État, aux travailleurs).

Ces directeurs sont moins des mandataires du capital que des salariés supérieurs dont les liens avec les autres salariés ne sont pas négligeables. Au total, les fonctions d'information (1), de contrôle (2), de décision (3) étant mieux distinguées, il sera plus facile de résoudre le problème ardu de la participation à certaines de ces fonctions. Il est donc appréciable que le projet de société européenne prévoit que celle-ci

sera nécessairement dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

En définitive, il est permis de dégager de cette confrontation de l'organisation des centres de décision dans l'entreprise et dans la société l'enseignement suivant : il est plus facile d'insérer des porte-parole du personnel dans la société que dans l'entreprise, au moins si l'on veut leur reconnaître des pouvoirs effectifs. Non qu'un nouvel aménagement de l'entreprise ne soit pas concevable; mais elle obligerait à de si profonds bouleversements dans tous les pays qu'il faut bien qualifier cette méthode d'impraticable. En revanche, ce cadre de l'entreprise est acceptable si l'on souhaite limiter la participation des travailleurs.

12. L'atelier autonome

Reste un mot à dire du cadre le plus restreint : celui de l'équipe, de l'atelier. On a dit qu'incompétents sur le plan de l'entreprise, les travailleurs seraient à leur affaire sur les lieux mêmes du travail. Là serait le cadre d'une véritable participation, qui pourrait conduire à des améliorations d'ordre technique. L'atelier pourrait ainsi être transformé « en une sorte de coopérative de main-d'œuvre, s'administrant elle-même et agissant comme sous-traitant de la firme » (A. Philipp). Cette proposition d'ériger les ateliers en ateliers autonomes rejoint les tendances modernes à la décentralisation du pouvoir dans l'entreprise.

En fait, il s'agit là de techniques spécifiques de gestion. Que la gestion puisse être améliorée en accroissant l'initiative à la base et en allant jusqu'à une sorte d'auto-gestion dans le domaine purement technique, cela est possible. Mais ce n'est pas de méthodes de gestion qu'il s'agit de questionner ici. Dans la mesure où aucune prise de décision d'ordre économique n'a pour siège l'atelier, celui-ci ne peut être un cadre approprié pour faire fonctionner un modèle véritable de participation.

13. Les fonctions auxquelles il serait possible de participer

Dans le cadre ainsi tracé : société ou accessoirement entreprise, les organes dont il a été parlé remplissent certaines fonctions. Ou, si l'on préfère, la nature des décisions qui sont prises est d'une extrême diversité. Il importe de recenser et de classer ces fonctions ou ces types de décisions. En effet, on peut imaginer toutes sortes de mécanismes par lesquels s'exercerait la participation des travailleurs, mécanismes entre lesquels il faudra choisir. Or, ce qui devrait être le critère d'un choix, c'est la nature des décisions à intervenir.

En effet, il est clair que le *degré d'influence* reconnu aux travailleurs sur les décisions prises dans l'entre-

prise — et donc le mécanisme juridique mis à leur disposition — doit varier en fonction de *la nature des problèmes à résoudre*. Il est donc de la plus grande importance, comme le montrent les travaux du BIT (conclusions de la réunion technique sur les droits des représentants syndicaux et la participation, Genève, 20-29 novembre 1967), de procéder à une classification des décisions en fonction de la matière ou même à une classification des fonctions de l'entreprise. Il sera ensuite plus facile de déterminer les formes de participation qui conviennent le mieux pour chaque type de décision.

14. Décisions économiques et décisions sociales

Une première classification opposerait les décisions directement liées à la situation des travailleurs dans l'entreprise (salaires et conditions de travail, embauchage, et licenciement, discipline, promotion, sécurité et hygiène, formation professionnelle) et celles qui ont trait à la politique économique et financière de la firme, y compris l'organisation de la production. C'est la distinction du *domaine social* et du *domaine économique*.

Il est clair que la participation doit être aussi complète que possible dans le premier domaine, qui touche de très près les travailleurs. On peut hésiter sur la meilleure forme à utiliser : certains pays recourent à la *consultation*, d'autres à la *négociation*, d'autres enfin à la *codécision*. De toutes manières, une association aussi étroite que possible des travailleurs à la prise de décision s'impose.

Dans le domaine économique et financier, les décisions relèvent plus particulièrement de la responsabilité de la direction. Les méthodes d'*information* paraissent seules admissibles à ceux qui sont attachés au maintien d'un centre unique de décision, qui sont hostiles au partage des pouvoirs et des responsabilités, ainsi qu'à ceux qui veulent éviter de compromettre le mouvement syndical dans la responsabilité de la gestion économique.

Cependant, cette distinction traditionnelle ne peut pas être considérée comme un critère satisfaisant pour le choix de telle ou telle forme de participation. En effet, parmi les décisions économiques, financières même, et évidemment techniques, la plupart ont une incidence sur les conditions de vie et de travail du personnel, et affectent rapidement, ou à la longue, la sécurité de l'emploi et des revenus.

Ce n'est qu'en apparence que la politique économique et financière générale de la firme intéresse moins le personnel : il est difficile de distinguer un domaine *sans* incidences sociales et un domaine *avec* incidences sociales : tout est lié. Et, par exemple, toute décision

peut se répercuter sur le volume des effectifs. Si on ne discute plus guère de la nécessité d'associer les travailleurs de façon étroite à la prise de décision et la mise en œuvre de celle-ci, lorsqu'elle porte sur un point ayant un retentissement sur les conditions de travail dans l'entreprise, on peut le concevoir à des étapes différentes : or, il vaut mieux y associer les travailleurs dès l'origine, lorsque la décision de principe est prise (et elle est d'ordre économique), qu'ultérieurement, lorsqu'il s'agit de résoudre les problèmes sociaux particuliers nés de cette décision et qui sont les incidences de celle-ci, car il est souvent trop tard.

15. Étapes successives de la décision

Dès lors, la classification des décisions, selon qu'elles relèvent du domaine social ou du domaine économique, procède d'une logique simpliste. Il paraît plus conforme à la vérité de dire qu'il existe deux grandes catégories de décisions : celles qui se réfèrent à la *politique générale de l'entreprise* et qui constituent en quelque sorte un étage supérieur de décisions, celui des décisions initiales ou de principe. Et celles qui touchent des *points particuliers*, lesquels peuvent être d'une infinie variété et qui se situent à l'étage inférieur, celui de l'application des principes : décisions *techniques* relatives à l'organisation de la production et aux méthodes de travail, décisions relatives à l'*emploi*, décisions *financières* portant sur les investissements, les emprunts, les augmentations de capital, décisions *commerciales* portant sur la prospection d'un nouveau marché, etc.

Il est clair que le degré de participation ne peut être que différent à chacune des deux étapes et pour chaque variété de décisions, et que des méthodes différentes peuvent convenir ici et là.

Mais ce qui est fondamental, c'est que la fermeture d'un établissement, une reconversion de la production, l'introduction de nouveaux procédés, etc., toutes décisions ayant une incidence directe sur les travailleurs découlent d'options à caractère plus général. Il est donc essentiel que les travailleurs puissent participer à chaque étape de la décision et non seulement à la dernière, l'ampleur et l'intensité de cette participation pouvant au demeurant être différentes à chaque étape.

16. Politique générale

Les *décisions de politique générale* sont celles qui ne sont liées à aucune fonction spécialisée de l'entreprise : détermination du programme général d'activité, fixation des objectifs, options fondamentales; mais aussi : contrôle général, nomination des directeurs, règlement des conflits, accords généraux avec des tiers

(coopération, sous-traitance), répartition des bénéfices, etc. C'est ce que l'on appelle la marche générale de l'entreprise. On rencontre ici trois types très opposés de participation entre lesquels aucune conciliation n'est possible (en écartant les mécanismes d'auto-gestion).

a) Il y a d'abord le mécanisme du *contrôle*, souvent identifié à la cogestion. Lorsque les travailleurs sont représentés au conseil de surveillance, ils disposent du droit de regard le plus étendu et d'un pouvoir délibératif. La loi se contente en ce cas de formules très générales pour définir le rôle de la représentation du personnel, ce qui signifie que c'est la politique générale de la société dans son ensemble qui est soumise au contrôle de l'organe compétent.

b) Mais à l'autre extrémité, c'est aussi une participation à la politique générale de la firme qui s'exprime dans le droit à l'*information* accordé aux conseils et comités d'entreprise. La loi contient également en ce cas des formules très générales. Il en va de même le plus souvent quand le comité a une origine purement volontaire : son objet est de favoriser la collaboration et les bonnes relations dans l'entreprise. Les prérogatives de la direction ne sont pas entamées et le comité discute de ce que la direction lui soumet. L'expérience acquise montre que l'information sur les décisions de politique générale ne permet pas d'influencer valablement celles-ci, même si le droit d'information est complété par un droit d'émettre vœux et suggestions. Certes, l'avantage est d'informer les travailleurs suffisamment tôt de telle ou telle orientation nouvelle qui aura des répercussions par la suite sur leur emploi ou leurs salaires. Mais la méthode du contrôle général dans un organe ad hoc est évidemment plus adéquate.

Ceci est d'autant plus clair qu'outre les informations sur la politique générale de l'entreprise et une consultation régulière, la loi prévoit le plus souvent, dans des domaines alors restreints, l'octroi aux représentants des travailleurs de pouvoirs réels encore que limités. Il en va ainsi dans le système des conseils d'entreprise où la cogestion est généralement reconnue en matière d'œuvres sociales. Par une tendance naturelle et souvent observée, les représentants du personnel concentrent de ce fait leur attention sur les domaines précis où leurs pouvoirs sont définis nettement et délaissent une vague participation informative sur la marche générale de l'entreprise. Ceci est fâcheux dans la mesure où la politique générale commande les décisions à prendre sur des points spéciaux.

c) Là où la participation s'exprime au travers de la *négociation collective*, les parties elles-mêmes ou les décisions de justice délimitent peu à peu une sphère dite des « prérogatives réservées de la direction », sphère qui est exclue du champ de la négociation. Or, ces prérogatives sont précisément

liées à la définition de la politique générale de l'entreprise. Même si les prérogatives « réservées » ont tendance à diminuer, même si le domaine de la négociation s'étend constamment, il apparaît clairement que la technique de la négociation n'est pas adaptée pour réaliser une participation effective aux décisions de politique générale.

17. Facteurs de choix

Le problème de la participation à la politique générale de l'entreprise est dominé par la réponse à la question suivante : les travailleurs et leurs syndicats acceptent-ils les buts poursuivis par l'entreprise (augmentation de la production, des profits, etc.) ou estiment-ils que leurs intérêts sont toujours en opposition avec ceux-ci ?

Si l'intérêt des travailleurs est centré sur le niveau des salaires, en période de plein emploi, ils ne se préoccupent que de la négociation collective sur la base du conflit d'intérêts et pas de la participation. Ils ressentent leurs intérêts et ceux de l'employeur comme antagonistes. La participation ne pourra être qu'exceptionnelle, en tout cas limitée aux décisions ayant une incidence sur l'emploi, et éventuellement la masse des salaires.

Si l'intérêt des travailleurs est perçu comme complémentaire de celui de la firme et se concentre sur la sécurité de l'emploi, le souci de l'avenir de l'entreprise poussera les travailleurs à s'intéresser à sa marche générale ; un intéressement aux résultats pourra alors contribuer à une meilleure participation aux décisions (à moins que la loi ne précise que l'intéressement « ne diminue en rien l'autorité de la direction », comme le fait la loi française). Ce sont toutes les décisions de politique générale qui retiendront l'attention des représentants du personnel. Le contrôle permanent sera possible ; à défaut, la consultation régulière et l'information aussi complète que possible. Les décisions peuvent ensuite être prises dans des domaines déterminés.

18. Politique économique à long terme

Les *fonctions économiques à long terme* (telles celle d'investissement) sont liées à la politique générale.

La participation aux décisions relatives à la production à long terme suppose une information très complète et le souci de la rentabilité ou de la viabilité de l'entreprise, nécessairement moins développé chez ceux qui n'en ont pas la responsabilité. Les employeurs y sont généralement opposés, craignant que tout régime de codécision ne conduise obligatoirement à l'arbitrage de tiers insoucieux de l'avenir de l'entreprise et n'en assumant pas le risque. Beaucoup de syndicats y sont

hostiles comme devant entraîner un affaiblissement de leur puissance de négociation.

Dans les systèmes de comité d'entreprise, un certain contrôle est prévu : sur la comptabilité (France), sur la politique économique courante (commission économique en RFA). Mais ce type de décisions est justiciable de la même analyse que celles ayant un caractère général : le contrôle dans les organes de la société est le système le plus efficace.

Dans le secteur public, l'intervention peut être plus large, car il n'existe pas d'opposition d'intérêts entre les dirigeants et le personnel.

19. Politique économique à court terme

Le choix des méthodes de production relève des *fonctions économiques à court terme*. Il s'agit de toutes les décisions liées à l'organisation du travail, aux méthodes de production, à l'introduction de changements techniques. C'est sur elles que l'attention des travailleurs s'est polarisée ces derniers temps à raison de leurs répercussions sur la sécurité de l'emploi. L'introduction de l'automatisation, le recours à la sous-traitance peuvent être donnés comme exemples de décisions économiques de cette catégorie. Si aucune participation n'est organisée, l'expérience prouve que lorsque la décision entre en application, elle provoque réclamations et grèves.

En droit comparé, on constate que l'*information* et la *consultation* sont très généralement admises en ces matières. Mais, paradoxalement, dans une sphère qui relève typiquement de mécanismes de *codécision* sous une forme ou sous une autre, celle-ci est rarement directement prévue. C'est aux États-Unis que, par la *négociation collective*, se développe le système le plus complet de codécision en ce domaine. Ailleurs, on attend que la décision prise fasse sentir ses effets; et c'est seulement au stade ultérieur qu'est prévu un droit de codécision du conseil d'entreprise, lorsqu'on en vient à fermer un établissement, à réduire son activité (Allemagne), ou un droit d'en appeler aux pouvoirs publics (Autriche).

Il serait rationnel que toute décision économique susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur l'emploi du personnel soit dès l'origine soumise à une discussion contradictoire et requière l'approbation des représentants de celui-ci. Si la codécision est reportée au moment où se font sentir les répercussions dans le domaine de l'emploi, alors que ces répercussions découlent d'une décision économique antérieure, prise unilatéralement (ou après simple information), il est au surplus à redouter qu'on hésite à prendre cette décision, même si elle est justifiée. L'absence de partici-

pation réelle sera ainsi un frein au progrès technique, car on craindra que l'innovation technique (ou économique) ne se heurte ensuite à l'opposition du personnel. Il est donc souhaitable que les décisions initiales de cette nature soient prises conjointement : soit du fait de la présence du personnel dans l'organe compétent de la société, soit encore par voie de négociation collective obligatoire.

20. Politique du personnel

Deux exigences contradictoires s'affrontent ici : les directions veulent la liberté totale de l'embauche et du licenciement, la qualification de la main-d'œuvre ayant une importance croissante; — le personnel veut la stabilité de l'emploi et faire carrière dans l'entreprise; il s'oppose à toute réduction d'effectif. Des pouvoirs publics sont eux-mêmes préoccupés par ces problèmes d'emploi. Des dispositions législatives prévoient souvent une participation du personnel en ces matières (France, Allemagne).

On doit souligner qu'il ne saurait y avoir de véritable participation si les questions d'emploi et de personnel dépendent du pouvoir discrétionnaire de la direction. La solution concertée de ces questions est la pierre de touche de toute participation. Mais celle-ci ne peut être aussi complète qu'une première approche ne le laisserait penser.

En matière d'embauche, on admet en général que s'exercent les prérogatives de la direction. Toutefois subsistent des pratiques de cooptation liées au régime corporatif (imprimerie), réservant aux syndicats le monopole de l'embauchage. La sélection des nouveaux travailleurs par la direction est la règle en Europe, tempérée rarement par un droit de consultation. En matière de licenciement, il est clair que la stabilité de l'emploi est un élément décisif de toute politique de participation à l'entreprise. Mais il est rare que l'on aille ici au delà d'un simple avis consultatif. Du reste, les syndicats répugnent à assumer des responsabilités en matière de licenciement. Ce qui est revendiqué par eux, c'est la discussion *préalable*, afin que vérification puisse être apportée que la mesure est indispensable et que certains critères objectifs ont été respectés. La participation conduirait ici nécessairement à maintenir plus qu'il n'est nécessaire les postes de travail et à renchérir le coût de la main-d'œuvre; elle est moins nécessaire si on a organisé la codécision au stade antérieur. Même en RFA, aucune véritable codécision n'a été prévue pour les licenciements.

En ce qui concerne la formation professionnelle, elle tend à être réglée de plus en plus au niveau de la politique étatique.

21. Rémunération et conditions de travail

L'entreprise jouit ici d'une autonomie souvent restreinte, car la négociation collective a lieu à un échelon supérieur (celui de la branche d'activité). Toutefois, cette autonomie existe si la négociation a lieu au niveau de l'entreprise. La méthode adéquate de participation est évidemment la négociation. Les conseils d'entreprise jouent toutefois un rôle dans la détermination de la politique salariale générale.

22. Bien-être et activités sociales

Cette dernière fonction est sans lien direct avec l'activité de l'entreprise. Et pourtant, c'est un domaine où l'entreprise a créé de nombreuses institutions et où la participation s'est par la suite manifestée avec force; d'autant plus qu'aucune interférence n'était à craindre ici avec les prérogatives de la direction.

Mais une activité trop importante dans ce domaine nuit à une réelle participation dans l'ordre économique. De toute façon, ce domaine, qui est proprement le domaine «social», sera laissé de côté comme étranger aux préoccupations de cette recherche. La tendance législative est de donner ici aux conseils d'entreprise pouvoir de décision et de gestion. Mais il n'est pas nécessaire d'insérer des dispositions relatives à ce problème dans le statut de la SE. Il s'agit ici de pure législation sociale relevant de la loi territorialement compétente.

23. Rôle et valeur des différents mécanismes

La conclusion des développements précédents devrait donc être qu'il importe d'utiliser dans la SE des mécanismes de participation différents, assortis de pouvoirs différents, pour chacune des fonctions ou des matières. A vrai dire, c'est un peu ce qu'ont fait les différentes législations nationales. Dans le cas de l'Allemagne, les différentes fonctions sont exercées par des organes distincts ayant des pouvoirs inégaux; la législation fait sa place au conseil d'établissement — à la commission économique — à la participation au conseil de surveillance — au directeur du travail, sans pour autant rejeter la négociation collective par l'intermédiaire des syndicats. Dans les autres pays, sans aller aussi loin dans la diversité, coexistent négociation collective et consultation de conseils d'entreprise, sauf en Italie où la décadence des commissions internes fait que la participation ne s'exerce plus guère que par la courroie de la négociation collective. Enfin, pour ce qui est des attributions des conseils d'entreprise eux-mêmes, celles-ci sont d'intensité variable en fonction de chaque domaine considéré; c'est le cas des

conseils d'établissement en Allemagne, des comités d'entreprise en France dont les pouvoirs sont définis en relation avec la matière traitée.

Malheureusement, il est difficile de tirer de ces conclusions un enseignement positif quelconque au sujet de la SE. Faut-il renvoyer la participation à la négociation collective? Introduire les travailleurs dans le conseil de surveillance? Créer un organe spécifique indépendant de celui-ci? *Tout devrait dépendre de la matière traitée* et les différentes méthodes demanderaient plutôt à être combinées. Il est possible toutefois de retenir :

- a) que les travailleurs doivent avoir une influence sur la *politique générale* de la firme, afin de détecter suffisamment tôt les décisions susceptibles d'affecter leur sort. C'est alors l'*information* et le *contrôle d'ensemble* qui s'imposent;
- b) que les travailleurs doivent avoir une influence plus grande au niveau de la *mise en œuvre de la politique économique* chaque fois que cette mise en œuvre peut avoir des incidences sur l'emploi et même la rémunération. La *négociation* ou la *co-décision* paraissent alors adaptées.

Finalement, il est à observer que les organes à créer (et le cadre dans lequel ils seront créés : dans la société, dans l'entreprise, extérieurs à l'entreprise), l'étendue des pouvoirs de ces organes (de consultation, de contrôle, de décision) sont étroitement dépendants des fonctions à remplir (de politique générale ou spécialisée), à répercussion ou sans répercussion sur l'emploi⁽¹⁾. Le plus rationnel serait, en schématisant, de garantir au personnel un contrôle « informatif » de la politique économique générale et un contrôle « décisionnel » de la politique économique à long et court terme ayant des répercussions sur l'emploi.

Ce résultat peut être obtenu par une participation quelconque aux organes de contrôle de la société, éventuellement avec des majorités variables selon les sujets

⁽¹⁾ Exemple d'une comparaison en droit positif :

- I - Fonctions économiques à court terme ayant des incidences sur le personnel.
 - A - Organes de la société;
 - assemblée générale : pouvoirs d'information et de consultation;
 - conseil de surveillance : pouvoir de contrôle;
 - organe spécial de cogestion : pouvoir de contrôle;
 - directoire : pouvoir de décision.
 - B - Organes de l'entreprise : pouvoirs d'information et de consultation + pouvoirs de codécision (Allemagne);
 - commission économique : pouvoirs d'information et de consultation;
 - chef d'entreprise : pouvoir de décision.
 - C - Organes extérieurs;
 - syndicat : pouvoirs de consultation et éventuellement de décision (USA)
- II - Fonctions sociales, etc.

abordés. Ce résultat peut être obtenu par une négociation collective suffisamment articulée aux différents niveaux. Enfin, il pourrait éventuellement être obtenu également par la méthode des conseils d'entreprise à condition d'élargir suffisamment leurs pouvoirs et de s'assurer que la loi qui les régit est scrupuleusement respectée.

§ 2 - Recherche sociologique

24. L'opinion publique

La recherche d'une solution convenable ne saurait être seulement une opération intellectuelle, ni même le fruit d'une étude comparée des législations nationales. Il importe de tenir le plus grand compte des *positions prises par les partenaires sociaux*, tant dans le cadre national que dans le cadre européen. Il importe aussi, dans une matière en pleine maturation, de capter et d'interpréter les idées qui s'expriment, les projets officiels ou privés qui s'élaborent : la réussite d'une formule dépendra beaucoup de facteurs psychologiques en eux-mêmes assez fuyants, qu'on peut résumer en disant que la formule retenue devra recueillir un large consensus et aller « dans le sens de l'histoire ».

25. Les syndicats de salariés

L'enquête auprès des partenaires sociaux a été menée scrupuleusement. Elle conduit à des conclusions plus nuancées qu'un jugement sommaire pourrait le suggérer. Du côté des syndicats ouvriers ne règne pas l'unanimité. Certains considérant la cogestion dite simple (BVG) comme dépourvue de tout intérêt pour les travailleurs, mais donnant une appréciation positive de la cogestion dite qualifiée ou paritaire (MBG) en revendiquant l'extension à toutes les grandes entreprises, celles ayant notamment plus de 2 000 salariés; cette position est évidemment liée à la conjoncture allemande. Mais elle rejoint curieusement différentes thèses développées en France dans certains milieux, le plus souvent extérieurs au syndicalisme et au patronat et où foisonnent les plans de réforme radicale de l'entreprise. C'est la thèse qu'on peut qualifier de *maximaliste*. Elle ne triomphe que dans le mouvement syndical allemand et certains cercles français.

Certains syndicats ouvriers des autres pays de la Communauté sont évidemment influencés par le mouvement syndical allemand, du fait de leur commune appartenance à la confédération internationale des syndicats libres. Mais, alors que le DGB a adopté une plate-forme précise sur le point qui nous intéresse, il n'en va pas de même pour la CISL, même à l'échelle de l'Europe. Et aucune revendication quelconque de participation à la gestion n'est actuellement formulée par les syndicats de cette tendance en Italie, en

France, ni dans les pays du Benelux. Ni hostilité de principe, ni appréciation positive : la question paraît être réservée, ce qui s'explique moins par la conjoncture de ces pays que par l'absence de ce stimulant que constitue en Allemagne une législation ad hoc. Cette position est donc une position de *neutralité*.

C'est plus qu'une nuance qui sépare les syndicats « libres » des syndicats « chrétiens », nuance que la doctrine sociale traditionnelle de l'Église pourrait expliquer : une association du capital et du travail, une participation aux responsabilités de l'entreprise y est réclamée depuis toujours au profit des travailleurs. Sans aller jusqu'à en faire un objet de revendication précise et immédiate, une attitude favorable à la cogestion caractérise ces syndicats regroupés au sein de la CISC (CMT). Mais la modération propre à ces syndicats interdit d'identifier leur position à celle des syndicats allemands : on pourrait la qualifier de *minimaliste*.

Seule sans doute, la CFDT française, laïcisée et plus ouverte à gauche, serait prête à aller aussi loin que les syndicats allemands — si la conjoncture française devenait propice — dans l'application de la cogestion. Mais on rencontre également dans cet ensemble très peu homogène que constitue le mouvement syndical européen une attitude résolument hostile à toute cogestion : c'est celle qu'ont adoptée les syndicats CGT en France et CGIL en Italie. Considérée comme une tromperie ou une mystification, elle est curieusement analysée comme une philosophie d'inspiration patronale, et en tant que telle catégoriquement répudiée. C'est la thèse *négative*.

Pour les syndicats majoritaires en France et en Italie, mais aussi pour certains syndicats réformistes et modérés de ces mêmes pays ou de Belgique, la cogestion à l'allemande n'est pas à l'ordre du jour. Ils préféreraient sans doute une intervention dans les décisions par le canal de la négociation collective. C'est ainsi qu'en France les syndicats Force Ouvrière sont très attachés à la politique « contractuelle ». Il semble en aller de même en Italie pour la CISL, en Belgique pour la FGTB. Mais cette option a une portée différente en France et en Italie. Le rejet de la participation par les syndicats d'orientation communiste ou socialiste ne va pas en France jusqu'à la condamnation des comités d'entreprise, bien tenus en main par le mouvement syndical et dont on verrait sans déplaisir les pouvoirs s'accroître (ce qui s'est déjà produit en 1966). Au contraire, en Italie, le mouvement syndical dans son ensemble condamne les commissions internes et cherche à influencer sur l'orientation économique des firmes par la seule action syndicale.

Ce qu'il importe de retenir de cette analyse, c'est le refus d'une fraction non négligeable du mouvement syndical européen de voir les salariés assumer une part quelconque de responsabilité dans la gestion de l'entreprise. Mais cette hostilité à la cogestion n'entraîne

pas nécessairement une hostilité au contrôle de la gestion : une meilleure information des milieux intéressés serait très désirable.

26. Le patronat

Le front patronal est dans l'ensemble plus uni que le front syndical, sans néanmoins qu'on puisse affirmer qu'il existe sur ce point une plate-forme unanime. La ligne séparatrice ne passe pas entre les pays, mais à l'intérieur de chaque organisation patronale nationale. La position d'ensemble est l'hostilité résolue à tout partage du pouvoir avec les salariés, qui pourrait affaiblir l'unité de direction de l'entreprise, miner le droit de propriété et placer l'entreprise dans une position défavorable dans la compétition mondiale. Mais bien des distinctions seraient à faire, car on rencontre ici ou là un esprit d'ouverture, de rénovation, de réflexion. Le patronat allemand s'est rallié à la forme non paritaire de cogestion (BVG) comme à un moindre mal, et comme favorable à l'instauration de la « paix du travail ». Il souligne que la BVG est à elle seule déjà en avance sur le droit positif des autres pays et n'entend pas aller au delà. On ne saurait dire que cet état d'esprit « ouvert » soit radicalement inconnu ailleurs : spécialement en France, certains patrons isolés et certains cercles patronaux étudient actuellement des formules nouvelles de participation. Mais, au total, cette orientation est très minoritaire. L'immense majorité des chefs d'entreprise en France, en Italie, au Benelux, — et peut-être au fond d'eux-mêmes, si n'existaient pas des facteurs politiques et tactiques en sens contraire, en Allemagne — est hostile à toute participation qui porterait atteinte à leurs prérogatives : les seules modalités par eux acceptables sont celles que récuse les syndicats ouvriers comme ne donnant que l'apparence d'un pouvoir, et par conséquent limitant la puissance de lutte du syndicalisme sans rien apporter en contrepartie aux travailleurs. Observons que ce que récuse le plus catégoriquement le patronat, c'est la participation directe de délégués des syndicats aux rouages de l'entreprise.

De ce rapide panorama, aucune conclusion simpliste ne peut donc être tirée. Il faudrait surtout se garder de croire que la participation oppose patronat et salariés. Certains patrons n'y sont pas systématiquement hostiles. En revanche, certains syndicats ouvriers ne l'acceptent pas ou ne l'accepteraient qu'à certaines conditions draconiennes. En réalité, la question a été peu étudiée au sein des organisations professionnelles et il n'apparaît pas que les positions adoptées d'un côté ou d'un autre doivent peser d'un poids décisif dans les choix à proposer.

27. Les études scientifiques du problème

Les auteurs de projets, les « faiseurs de systèmes » sont également nombreux : même si elles n'engagent qu'eux-mêmes, les idées exprimées méritent attention, car le plus souvent les livres, les articles, les conférences s'ordonnent autour de travaux de commissions, de caractère officiel (ainsi aux Pays-Bas, la commission Verdam, du nom de son président; en Allemagne, la commission présidée par le professeur Biedenkopf sur l'extension de la cogestion). Des constructions ont été proposées, la « réforme de l'entreprise » étant redevenue de mode depuis une dizaine d'années.

a) *Au point de vue juridique*, ces recherches comportent les deux traits suivants : même aboutissant à une restructuration de la société par actions, leur point de départ est toujours la notion d'entreprise et la nécessité de donner à celle-ci une constitution. Il n'est donc pas possible de séparer trop catégoriquement les propositions tendant à donner un *statut à la SE* et celles qui se préoccuperaient de « *réformer l'entreprise* ».

Deuxième trait : les schémas utilisés sont empruntés au *droit public*; on parlera d'un gouvernement de l'entreprise, des gouvernants et des gouvernés, du contrôle des gouvernés sur les gouvernants, etc. Il importera donc de transposer ce langage publiciste dans le vocabulaire du droit privé qui continue encore, dans une certaine mesure, à régir le droit de la société par actions.

b) En second lieu, ce qui semble caractériser ce mouvement *quant aux idées*, c'est d'abord l'intérêt qu'il suscite pour l'idée de participation aux décisions; idée qui avait passionné le XIX^e siècle, mais avait été oubliée pendant la première moitié du XX^e. D'autre part, loin de se perdre dans l'utopie, cette fermentation d'idées met en général l'accent sur la *recherche de l'efficacité* : on estime que la participation, en libérant l'initiative créatrice des individus, devrait améliorer le fonctionnement de l'entreprise. Les ouvrages les plus récents ne remettent pas en cause le capitalisme; ils partent de la constatation que les grandes entreprises ne sont plus dirigées par des propriétaires ou entrepreneurs, mais par des « managers », professionnels de la gestion, et que ces managers cherchent autant l'appui et le contrôle des travailleurs que des bailleurs de fonds (mouvement pour le « participative management » aux USA). L'approche du problème est donc pragmatique : c'est plus qu'un idéal de démocratie qu'on recherche, c'est la réalisation des besoins véritables des entreprises modernes. Même du côté des salariés, la participation aux décisions n'est pas toujours réclamée pour elle-même, en vertu d'une doctrine politique, mais

parce qu'elle permettra d'améliorer la sécurité de l'emploi. Cette dernière préoccupation se cache derrière toutes les aspirations à la cogestion.

28. Le cocontrôle

Un *cocontrôle* du gouvernement de l'entreprise, orienté principalement vers la *politique économique à long et court terme et ses implications* sur l'emploi : tel est le sens des études publiées dans les différents pays depuis quelques années. Ce *contrôle* n'est pas la substitution du contrôleur au contrôlé. Une définition précise de ce contrôle paraît indispensable à une satisfaisante réglementation des droits des travailleurs; défi-

nition d'autant plus malaisée que dans le droit des sociétés, le *contrôle* a souvent un autre sens, proche du sens anglais, où contrôler c'est dominer, (contrôle d'une société par une autre société). Dans les études relatives à la participation, contrôler c'est *vérifier* périodiquement l'activité des dirigeants, la comptabilité de l'entreprise, examiner les actes accomplis au point de vue de leur conformité avec les promesses faites ou les règles préétablies, c'est enfin *sanctionner* les erreurs ou les incapacités. Mais contrôler n'est pas subordonner les décisions à une autorisation préalable paralysante ou exercer un veto également paralysant, ni s'ingérer dans les décisions quotidiennes. Ce contrôle n'est pas rejeté par les chefs d'entreprise : ceux-ci veulent ne pas être gênés dans leur action, mais ne peuvent refuser d'être jugés après coup et remplacés s'ils ont failli.

I – LA COGESTION PAR LA REPRÉSENTATION DANS LES ORGANES DE LA SOCIÉTÉ

Il ne saurait être question de présenter ici des schémas abstraits, fruits d'une imagination purement théorique. En sens inverse, il ne semble pas utile de décrire dans le détail l'état du droit positif des six pays. Mais à partir de l'expérience et de la pratique des différents pays et aussi des tendances décelables dans chacun d'eux — il est possible de construire quelques modèles, qui sont autant de solutions concevables au problème étudié, solutions déduites de l'expérience.

Plutôt qu'à une comparaison des droits positifs, cette seconde partie procédera à un exposé des formules et solutions possibles prises dans leur dynamique et retenues pour leur valeur opératoire.

1. La participation dans la société

La participation aux décisions peut être assurée par la présence, dans les organes dirigeants de la société, de représentants des travailleurs. Il s'agit alors effectivement de cogestion, car ces organes ont une compétence générale et permanente. La tendance est très ancienne; mais on s'est longtemps orienté dans une direction sans issue : *l'illusoire transformation du salarier en actionnaire*. L'absence totale de pouvoir réel des actionnaires dans les sociétés anonymes ne pouvait mener qu'à l'échec de la participation qui prendrait la forme de l'actionnariat ouvrier. C'est au sein des organes de gestion effective que la représentation des salariés doit être assurée.

La représentation des travailleurs peut y être minoritaire ou se trouver sur un pied d'égalité avec celle des actionnaires : auquel cas les droits du capital et les droits du travail sont placés sur le même plan; enfin, la représentation des travailleurs peut être exclusive de celle des capitalistes (autogestion, coopératives de production). Dans le cas de la SE, le choix n'existe qu'entre les deux premières méthodes.

Les représentants des travailleurs dans les organes de contrôle ou de gestion peuvent être élus par le personnel ou désignés par les syndicats, point important qui devra être résolu et qui a des incidences théoriques et pratiques.

Certes, cette participation institutionnelle constitue un bouleversement du droit traditionnel des sociétés par actions. Mais ce bouleversement est en réalité déjà en cours sous l'influence de divers facteurs, et la SE se contenterait d'en prendre acte ou d'anticiper très légèrement.

Quels sont les facteurs qui inclinent le droit des sociétés, essentiellement capitaliste sous sa forme traditionnelle, à faire place au travail dans ses structures mêmes?

2. Restriction du droit de propriété

Le premier facteur est une certaine restriction croissante au droit de propriété lorsque l'intérêt général représenté par le législateur l'exige.

L'objection de principe à l'introduction de représentants des travailleurs dans les organes d'une société par actions découle du fait que la systématique de la société se fonde sur l'idée que la propriété étant un droit absolu, elle habilite à dominer l'entreprise dans laquelle les choses possédées sont utilisées et, notamment, à gérer cette entreprise. La gestion « lato sensu » serait-elle partagée avec des non-propriétaires? Il y aurait une atteinte au droit de propriété qui subirait une sorte d'expropriation partielle.

On peut répondre à cela que, dans de nombreux domaines, le législateur restreint et limite les droits du propriétaire afin de réaliser l'insertion de ces droits dans un ordre plus large : un fonds de terre ne peut être affecté à la construction que conformément aux règles de l'urbanisme et à la législation de la construction. Y a-t-il là pour autant une atteinte intolérable à la propriété privée? Si le législateur soumet l'utilisation de la propriété dans l'entreprise à une coopération avec les travailleurs, en limitant ainsi les prérogatives des propriétaires — si le détenteur du « capital » ne peut déterminer à sa guise les modalités de gestion de celui-ci, afin de sauvegarder les intérêts jugés légitimes des non-propriétaires — il n'y a là qu'une situation devenue courante dans le droit moderne. Au demeurant, quand la législation a organisé au sein de la société le groupement des obligataires, en donnant à leur « masse » des droits venant limiter ceux des associés, il a reconnu la nécessité d'aménager au sein de l'entreprise les droits des propriétaires et ceux des créanciers. De même, la création d'obligations participantes ou d'obligations convertibles en actions s'analyse en l'octroi de droits nouveaux à des non-propriétaires. On peut parfaitement procéder de la même manière avec les travailleurs. Dans un même ordre d'idées, le problème de la représentation de l'État gérant des intérêts collectifs, au sein même des organes sociaux afin qu'y soit mieux entendue la voix de l'intérêt général, est posé par plusieurs projets actuels. Cette harmonisation institutionnelle des intérêts des propriétaires et de l'intérêt général jugée in-

dispensable à raison de la puissance de certaines grosses entreprises, constituerait tout autant une restriction du droit absolu de propriété.

La présence de représentants des travailleurs au sein des organes de la société européenne, quoique constituant une limitation à la souveraineté des propriétaires, n'est donc pas à rejeter a priori pour ce seul motif.

3. La société, seule véritable organisation de l'entreprise

Le second facteur est un certain abandon de la société envisagée comme groupement d'une pluralité de personnes qui se sont associées — groupement qui devient un entrepreneur collectif — et son remplacement par la société, forme d'organisation de l'entreprise.

Le seul pouvoir a longtemps été dans la société la volonté commune des actionnaires. Que celle-ci s'exerçât au sein d'une assemblée générale toute-puissante ou indirectement par l'intermédiaire d'un conseil de surveillance, c'était cette volonté qui était la seule source véritable du pouvoir. Les dirigeants étaient toujours considérés comme les mandataires des actionnaires, mandataires révocables *ad nutum*. Et ils devaient exercer leurs fonctions dans l'intérêt exclusif des actionnaires propriétaires, sous peine d'engager leur responsabilité. Depuis longtemps on avait souligné les failles de cette construction: la volonté dirigeante des actionnaires est le plus souvent fictive; en outre, il est inexact que les actionnaires aient des intérêts similaires; ces intérêts sont parfois divergents et si des actions en nombre important sont détenues par une autre société ou une personne unique, c'est elle qui impose sa volonté.

Une autre construction tend fréquemment à être substituée à la précédente, qui correspond mieux à l'état économique actuel. La société y devient une technique destinée à donner à l'entreprise économique une existence juridique et à l'organiser. Cette technique permettra d'aménager les rapports entre ceux qui dirigent l'entreprise, ceux qui lui apportent des capitaux, ceux qui y travaillent. La société n'est plus la société-entrepreneur collectif, mais la société-entreprise, réalité complexe dont il faut organiser le fonctionnement. L'intérêt que les dirigeants ont à préserver n'est pas l'intérêt des propriétaires seulement, mais l'*intérêt social*, c'est-à-dire l'intérêt objectif de l'entreprise en elle-même. « Cet intérêt social doit inspirer les juges par préférence aux intérêts propres de certains associés, fussent-ils majoritaires » (C. Paris, 22 mai 1965). Fait partie intégrante de cet intérêt social l'intérêt des travailleurs, par exemple, exposés à un licenciement collectif.

Depuis longtemps on réclame la personnalité morale pour l'entreprise, l'octroi à celle-ci d'une constitution,

avec des pouvoirs et des fonctions harmonieusement répartis et contrôlés. Cette aspiration s'était toujours heurtée jusqu'ici au fait que les intérêts de l'entreprise en tant que collectivité se confondaient avec ceux de l'entrepreneur. Si la société cesse d'être le vêtement juridique du seul groupement des propriétaires pour devenir celui de l'entreprise, satisfaction sera donnée à cette ancienne réclamation. L'objet social deviendra le but commun poursuivi par tous et des pouvoirs équilibrés seront reconnus à tous les participants. La discordance cessera entre société et entreprise par la réinsertion des travailleurs dans la réalité institutionnelle. Ne faut-il pas, en ce domaine, « accorder le fait avec le droit » ? (Bloch-Lainé).

4. Indépendance du management

Le troisième facteur est une transformation en cours dans la conception du pouvoir de direction (management). La direction d'une grosse société ne peut plus être confiée à des « administrateurs » représentant les actionnaires, mais non contrôlés effectivement par eux, ni par un homme unique, le directeur général, qui préside en même temps le conseil d'administration. La direction ne peut être assumée efficacement que par un collège de professionnels. Ceux-ci ne représentent plus personne, sinon la firme; c'est un « patronat de fonctions ». Aucune distinction ne peut plus être faite entre l'administration et la gestion courante : ce directoire collégial ou « Vorstand » dirige la société avec plénitude de pouvoirs. Cette modification de structure a été réalisée en Allemagne; elle est en cours de réalisation en France depuis la loi du 24 juillet 1966; mais elle n'y est encore que facultative; beaucoup souhaitent qu'elle devienne obligatoire et que l'ancienne structure soit abandonnée.

Ces réformes législatives reflètent un changement dans la conception même de la gestion. Celle-ci étant confiée à des cadres salariés supérieurs recrutés pour leur compétence, il n'est plus entièrement vrai de dire que le pouvoir de direction découle de la seule propriété. Une certaine dissociation s'esquisse entre pouvoir et propriété, que les sociologues américains ont depuis longtemps exposée. Dès lors, le contrôle de ce pouvoir devient fondamental mais doit être confié à d'autres qu'à un conseil qui serait l'émanation exclusive des propriétaires. La composition de ce conseil devient un problème de pure technique.

La présence de représentants des travailleurs dans l'organe de contrôle correspond également à l'abandon d'une conception de la direction de type autoritaire bureaucratique et centralisé, calquée sur celle de l'autocratie administrative ou militaire. Les spécialistes du management insistent au contraire sur la nécessité d'une direction décentralisée, donnant pouvoirs et responsabilités à chaque cellule de l'organisme social, d'un système de relations humaines écartant les incon-

vénients de l'ancienne « organisation du travail ». La participation des travailleurs au contrôle est pleinement conforme à ce mouvement d'idées.

La position des managers, loin de s'en trouver affaiblie, s'en trouverait renforcée. Les décisions prises ayant été approuvées par toutes les catégories d'intéressés, les responsabilités sont exercées en commun. L'autorité directoriale est moins sujette à contestation et sa légitimité est plus certaine : elle n'est plus fondée sur l'apport de fonds et la simple propriété des moyens matériels de production; elle résulte d'un consensus réel. Au surplus, le climat de l'entreprise ne peut qu'en être amélioré.

De la sorte, la cogestion institutionnelle est intimement liée au phénomène de l'accroissement de dimension des entreprises (concentration), lié lui-même au dépérissement de la petite exploitation patronale ou familiale. Dans les grandes firmes, seul l'intérêt de l'entreprise est suffisamment distinct de l'intérêt du propriétaire entrepreneur pour justifier une organisation entièrement différente.

Ces préliminaires posés, il est rationnel d'aller du connu vers l'inconnu, c'est-à-dire d'analyser d'abord l'exemple allemand avant de voir s'il peut être utilisé pour la SE et avec quelles modifications.

§ 1 - L'exemple allemand

5. Droit allemand

Préliminairement à toute suggestion précise visant à la participation organique des travailleurs dans la SE, il importe de prendre une vue aussi exacte que possible du droit en vigueur en Allemagne. Pour imiter ou pour rejeter, il faut d'abord être informé. Or, le droit allemand présente l'intérêt de nous mettre en présence de plusieurs formules différentes de cogestion institutionnelle entre lesquelles le choix semble possible. Au surplus, les lois allemandes fonctionnent depuis plus de 15 ans, permettant un jugement critique. L'Allemagne est vraiment la terre promise de la cogestion; c'est donc de l'expérience allemande qu'il faut partir — en prenant ici le plus grand soin de ne pas se laisser tromper par le vocabulaire — pour avoir un modèle à suivre, à corriger ou à rejeter, de participation à l'intérieur des organes sociaux.

La traduction même du mot allemand : « Mitbestimmung » n'est pas cogestion, mais plutôt : consentement ou, à la rigueur : codécision. Au demeurant, il n'y a pas une loi sur la « cogestion », mais il y en a deux (et même trois si l'on tient compte de la loi complémentaire sur les holding), et ces lois sont substantiellement différentes dans leurs origines historiques comme dans leur contenu juridique.

6. Loi du 21 mai 1951 (MBG)

La loi allemande du 21 mai 1951 (MBG) est la seule qui fasse expressément état de la Mitbestimmung. Or, elle a été adoptée dans des circonstances bien particulières, et comme pour régulariser une situation de fait née de la guerre et de l'occupation alliée. Les entreprises minières et sidérurgiques avaient été mises sous séquestre et des mesures de décartellisation avaient été adoptées par le Conseil de contrôle allié, mesures prises par défiance envers le patronat de l'industrie lourde de la Ruhr. Afin d'assurer le fonctionnement des nouvelles unités de production, nées de l'éclatement des cartels, le conseil allié collabora avec les syndicats en cours de reconstitution : il fut décidé que le conseil de surveillance comporterait quatre représentants des anciens actionnaires, quatre représentants des syndicats, le président étant nommé par la Commission de contrôle (North German Iron and Steel control). C'est de là qu'est venue la MBG, loi essentiellement contingente, entièrement comparable, encore que moins radicale, aux mesures de *nationalisation* qui, à la même époque, frappaient les houillères en France, les houillères puis l'industrie sidérurgique en Grande-Bretagne. Les mines et la sidérurgie allemande échappaient à la nationalisation proprement dite; mais il n'est pas surprenant que ce sauvetage s'accompagnât d'une certaine restriction des droits des capitalistes.

Celle-ci porte sur la composition du conseil de surveillance et sur celle du directoire.

7. Conseil de surveillance

La MBG dispose que le *conseil de surveillance* sera composé de cinq représentants des salariés, de cinq représentants des actionnaires et d'un « onzième homme ». La procédure de désignation de ceux-ci est assez compliquée : deux des cinq représentants des salariés sont *élus par le personnel* de l'entreprise; deux sont désignés par *les syndicats*; il vient s'y ajouter un membre complémentaire « indépendant ». Quant au onzième homme, il est désigné au terme d'une procédure longue et pleine d'embûches, offrant la possibilité pour l'assemblée générale des actionnaires de récuser les premières propositions; puis lui ouvrant, dans une phase ultérieure, le droit d'élire ce onzième homme parmi trois personnes présentées par les salariés. En cas d'impossibilité d'entente, une procédure de conciliation doit fonctionner et finalement un arbitrage judiciaire est prévu. Toutes les précautions sont prises pour que ce onzième homme, qui jouera un rôle de départiteur, ne soit pas influencé par les syndicats ou les salariés. Ces « onzièmes hommes », dont le rôle est évidemment capital, sont au nombre de 94; parmi eux, 30 spécialistes bancaires, 10 fonctionnaires des mines, 20 fonctionnaires de l'État ou des communes, 11 anciens ministres, 4 professeurs ou avocats.

Aucune dictature syndicale n'est donc à craindre et un esprit de collaboration n'a cessé de régner au sein des conseils de surveillance. Là où il y a des tensions, des réunions officieuses préalables ont lieu, avant la session plénière du conseil. On peut estimer que c'est le « patriotisme d'entreprise » qui est sorti vainqueur de cette réforme.

8. Directoire

Quant à la seconde mesure contenue dans la MBG, elle consiste dans la désignation au sein du *directoire* (Vorstand) d'un *directeur du travail*, choisi par le conseil de surveillance parmi les représentants du personnel. Ce directeur du travail a compétence pour les questions de personnel et ne s'occupe ni de la gestion commerciale, ni de la direction technique. Placé, quant à son statut et à sa rémunération, sur un pied d'égalité avec les autres directeurs, il s'est, paraît-il, acquitté de sa tâche à l'entière satisfaction de tous; il a parfois oublié que l'avait fait roi.

9. Appréciation de la loi

Pour apprécier correctement ce qu'il y a de novateur dans la MBG, il importe de rappeler que *dans les entreprises nationalisées* françaises, un tiers des administrateurs sont désignés par les syndicats représentatifs (soit plus que dans les entreprises régies par la MBG où 2 membres du conseil de surveillance seulement sont désignés directement par les syndicats); qu'aucun administrateur n'est désigné par les anciens actionnaires, les deux tiers restant étant désignés par les consommateurs et les pouvoirs publics. Au surplus, la politique du personnel dans les entreprises nationalisées subit très fortement l'empreinte des syndicats. La participation du personnel à la gestion est également assurée en Italie dans l'ENI.

La MBG, mesure de circonstance s'expliquant par la conjoncture historique, pouvait-elle être étendue? En Allemagne même, elle n'a pu être étendue au delà de son domaine originaire. Elle ne crée une réelle distorsion que pour l'industrie sidérurgique des autres pays européens, laquelle n'a pas été nationalisée. Mais précisément, le fait qu'elle n'ait qu'une portée restreinte et soit due à la défiance qu'inspiraient les magnats de l'industrie lourde de la Rhur, doit la faire considérer pour ce qu'elle a toujours été depuis l'origine : une mesure dérogatoire, exceptionnelle et contingente.

10. Loi du 14 octobre 1952 (BVG)

La meilleure preuve qu'il en est ainsi, c'est qu'en Allemagne même toutes les tentatives d'extension de la MBG ont jusqu'ici échoué. La seconde loi, celle du 14

octobre 1952 qui n'est pas, selon son intitulé, une loi sur la cogestion, mais une loi sur la *constitution de l'établissement* (et non de l'entreprise : Betriebsverfassungsgesetz ou BVG), s'inspire de la tactique du contre-feu. Inspirée par le patronat, votée contre l'opposition social-démocrate, elle a été adoptée pour couper court à toute velléité d'extension de la cogestion. Pour simplifier, on peut, sans risque d'erreur, la comparer à la loi française sur les *comités d'entreprise* dont elle ne s'écarte que faiblement. Le conseil d'établissement n'a de droit de codécision qu'en matière sociale ou de personnel. Ce conseil désigne bien la moitié des membres d'une *commission économique*, mais celle-ci n'a en matière économique qu'un droit d'information ou de suggestion comme le comité d'entreprise français.

Cependant, le personnel reçoit le droit d'élire *un tiers des membres du conseil de surveillance* de la société. Dès lors, les différences avec le droit français apparaissent comme les suivantes : l'organe électeur est non pas le conseil d'établissement, ni les syndicats, mais l'assemblée du personnel. Pour être éligible, il faut être salarié de l'entreprise. D'autre part, les représentants du personnel constituent un tiers du conseil de surveillance, proportion plus élevée que celle figurant dans la loi française (2 délégués au conseil d'administration).

Surtout le statut de ces membres salariés du conseil de surveillance est identique à celui des autres membres : ils ont voix *délibérative* et non simplement *consultative*. On peut s'arrêter ici un instant, car ce dernier point est décisif. Le droit commun des entreprises allemandes consiste à faire élire *un tiers* des membres du conseil de surveillance par le personnel. Il n'y a plus ici ni directeur du travail, ni représentation à *égalité* avec les actionnaires comme dans la MBG. Le fait que la France ne reconnaît à ces représentants des salariés qu'un droit de consultation, alors que l'Allemagne leur accorde un droit de vote, est la différence capitale. C'est une sorte de cogestion, bien que la loi allemande ne le dise pas; mais c'est en tout cas une cogestion minoritaire et une cogestion s'exprimant par une participation à l'*organe de surveillance* (Aufsichtsrat), *non à l'organe de gestion* (Vorstand).

11. Caractéristiques du modèle allemand

Pour les besoins de la présente étude, retenons que le modèle allemand présente en somme trois techniques de participation :

- le *cocontrôle* de la direction de la société à égalité avec les représentants des actionnaires dans la MBG (cocontrôle paritaire);
- le *cocontrôle* de la direction de la société dans la proportion de 33 %, c'est-à-dire sans possibilité

d'atteindre la majorité des membres du conseil de surveillance dans le BVG (cocontrôle minoritaire);

- la codirection, mais avec limitation de compétence aux matières sociales (directeur du travail) dans le MBG.

Retenons aussi que le droit allemand :

- fait, dans la MBG, désigner les représentants des travailleurs partiellement par les syndicats, partiellement par voie d'élection par le personnel; dans la BVG, exclusivement par voie d'élection;
- organise des procédures complexes de conciliation et d'arbitrage si un conflit surgit quant à la désignation d'un représentant.

Enfin, notons les avantages présentés par ces techniques aux yeux de leurs promoteurs : elles améliorent le climat social des entreprises. Les décisions étant prises autant que possible d'un commun accord, en tout cas conformément à une règle de procédure préétablie, les partenaires sociaux en partagent la responsabilité. L'autorité du management, s'appuyant à la fois sur le consensus des actionnaires et sur celui des salariés, s'en trouve renforcée et sa légitimité accrue. L'entreprise fonctionne selon un processus plus démocratique; certes le « peuple » ne gouverne jamais directement, mais il est tenu informé et peut contrôler de plus près les décisions prises. Même si les réalités sont quelquefois assez éloignées de la norme juridique, l'existence de celle-ci exerce à la longue une influence sur les réalités.

12. Comparaison avec le secteur public et nationalisé

Dans le secteur nationalisé en France existe apparemment une participation du personnel à la gestion. En règle générale, les salariés ont un tiers des sièges dans les conseils d'administration.

Ils sont désignés soit par les organisations syndicales représentatives (charbonnages, SNCF), soit par le comité d'entreprise (Régie Renault), soit par le personnel par voie d'élection (Air-France). Mais le poids spécifique des représentants du personnel a tendance à diminuer au profit d'experts désignés par les pouvoirs publics. Et le rôle des conseils d'administration est en déclin à raison du développement de la tutelle du gouvernement et de l'extension du pouvoir des directions générales. Il n'exerce plus qu'un contrôle très général.

Dans le *secteur nationalisé anglais*, des personnalités syndicales sont également nommées dans les conseils de direction. Mais elles perdent de ce fait tout lien avec le mouvement syndical. Toutefois, un projet du Labour Party prévoit la nomination de représentants des salariés au conseil d'administration de toutes les entreprises nationalisées.

En Italie, une participation limitée à la gestion existe aussi dans le secteur public et dans les entreprises à participation d'État, mais sous une forme très édulcorée. A vrai dire, s'il en est ainsi pour l'ENI (secteur pétrolier), encore doit-on souligner que le conseil d'administration où est représenté le personnel n'est pas le véritable organe de gestion mais plutôt de surveillance; et quant à l'ENEL (secteur de l'électricité), il ne comprend aucune participation du personnel dans ses organes dirigeants.

Il ne faut donc pas tirer de l'expérience du secteur public et nationalisé des conclusions excessives. Même dans le secteur public, la participation à la gestion n'existe pas et se résume dans un contrôle partiel, du fait de la décadence des conseils d'administration.

§ 2 - Un modèle institutionnel convenant pour la société européenne

13. Transposition du droit allemand

Le système de participation à prévoir pour la SE pourrait s'inspirer du droit allemand. Une première réaction pourrait être d'édulcorer celui-ci pour ne pas effrayer, de le prendre dans sa forme la moins radicale.

La société européenne se présenterait comme comportant un *minimum de participation* du personnel aux organes de gestion. Cela constituerait une sorte de pas en avant pour cinq des pays de la Communauté; et cela ne constituerait pas un recul inacceptable pour le sixième.

Il importe de faire observer que cette idée doit être maniée avec précaution. Un système de cogestion atténué propre aux sociétés européennes ne doit en aucune manière pouvoir être interprété comme conférant à celles-ci une situation privilégiée par rapport aux sociétés régies par les lois nationales. Certes, si seules les sociétés ayant un caractère international indiscutable pouvaient prendre l'habit européen, le danger serait faible. Mais si toute société nationale était habilitée à se transformer en société européenne, le risque de fuite ne serait pas ici entièrement absent : des sociétés allemandes préféreraient peut-être une cogestion atténuée plutôt qu'une cogestion complète. La cogestion européenne doit donc être suffisamment proche de la cogestion allemande, si le choix se portait finalement sur cette méthode.

La création d'une société de type européen ne semble donc guère pouvoir échapper à un choix douloureux : choix d'une formule optimale, ou plutôt choix d'une formule praticable, et ayant le plus de chances d'être acceptée par les États membres et les partenaires sociaux : société avec cogestion à l'allemande ou société avec cogestion sui generis, mais assez proche du modèle allemand.

14. Choix entre la loi de 1951 et celle de 1952

Si on retient la méthode consistant en définitive à élaborer une *cogestion européenne institutionnelle*, s'imposant à toute société choisissant de se constituer selon le type européen, celle-ci ne peut se définir que d'après les modèles allemands. Étant donné ce qui a été exposé plus haut, il paraît inadéquat de proposer comme modèle exclusif la MBG, forme extrême, exceptionnelle, convenant à ce qui, dans beaucoup de pays, correspond au secteur public. Il paraît indispensable de s'inspirer à la fois de la MBG et de la BVG, dont le caractère modéré a été amplement souligné, et qui ne constitue qu'une amélioration du système français. Les représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance seraient élus non pas directement par tout le personnel, ce qui apparaît impraticable pour une société à rayonnement international, mais par les organismes élus existant dans les six pays (conseils d'établissement allemands, comités d'établissement français, commissions internes italiennes, conseils belges, ondernemingsraad néerlandais), directement ou sur proposition des organisations syndicales. Ces représentants composeraient le conseil de surveillance dans des limites à fixer.

Quatre points seraient alors à trancher qui sont résolus différemment dans le MBG et le BVG.

A - Tout d'abord, il importe de dire si, parmi les membres du conseil, certains pourraient être ou non désignés par les *organisations syndicales représentatives*, ce qui lierait plus ou moins le mouvement syndical à la réforme. C'est, plus généralement, la question du *mode de désignation* qui est posée.

B - En second lieu, devra-t-on créer un *directeur du travail* nommé par le conseil de surveillance sur avis conforme des membres représentant le personnel, celui-ci siégeant au directoire?

C - La participation salariale au conseil de surveillance devrait-elle être *minoritaire* ou *paritaire*, avec, dans cette dernière hypothèse, des problèmes d'arbitrage résolus en RFA par l'institution du onzième homme?

D - Enfin, quels devraient être les *pouvoirs* de ce conseil de surveillance de composition mixte?

De toute façon, il importe qu'au lieu d'avoir deux régimes distincts de cogestion, comme c'est le cas présentement en Allemagne, il n'y en ait plus qu'un seul, inspiré de la BVG ou de la MBG (et même de la loi française, au moins de son esprit, qui vise à donner au syndicalisme un certain droit de regard sur les institutions représentatives).

A

15. Mode de désignation des membres du conseil

Comment seraient désignés les membres du conseil? Cette question est susceptible, si elle est correctement résolue, d'atténuer ou d'adoucir certaines oppositions. Le problème central est celui du rôle des organisations syndicales.

a) On peut imaginer un premier modèle de *désignation directe* (et séparée pour chacun des éléments composant le conseil). L'assemblée générale des actionnaires désigne les membres actionnaires. Les travailleurs désignent, dans chaque pays où la SE est établie, leurs représentants soit dans des assemblées générales du personnel, soit par l'intermédiaire des conseils élus d'entreprise.

On risque de se heurter à des objections syndicales sérieuses et on risque également d'être en présence de représentants salariés peu qualifiés pour contrôler la marche d'une firme considérable. Faire leur place aux organisations syndicales, orienter le choix des travailleurs : tels sont les impératifs qui semblent s'imposer.

b) D'où une autre méthode consistant en un *choix en deux étapes* (proposition, élection). Dans une première étape, un organe — dont la nature sera précisée plus loin — recueillerait les propositions faites, d'une part par les personnes ou les sociétés qui sont à l'origine de la création d'une SE, d'autre part, les propositions faites par les syndicats, enfin les propositions faites par les États (si on l'estime souhaitable), propositions qui devraient être plus nombreuses que les personnes à élire, pour laisser le choix ouvert (deux noms pour chaque siège à pourvoir par exemple). Dans un deuxième temps, les actionnaires, les travailleurs désigneraient les membres du conseil à partir de cette liste de propositions.

Qu'on observe que l'*organe* précité n'a pas mission de choisir, mais d'aider au déroulement démocratique et éclairé du processus électoral : établir deux (ou éventuellement trois) listes de candidatures par consultation avec les groupes intéressés (capitalistes, syndicats, éventuellement États membres).

Cet organe pourrait être un bureau européen peu nombreux et recruté pour donner toutes garanties d'indépendance aux groupes intéressés. Il pourrait être lui-même tripartite et être composé de représentants du patronat et des syndicats organisés sur le plan européen et de représentants de la Commission CEE. Organe de proposition, non de choix, il fonctionnerait au niveau européen.

c) On peut enfin concevoir de modifier légèrement cette élection sur proposition, en créant un *corps*

électoral unique et en plus distinct par les actionnaires et par les travailleurs séparément, le corps électoral constitué d'une délégation d'actionnaires désignés par l'assemblée générale et d'une délégation de travailleurs désignée par les conseils d'établissement ou d'entreprise. Nous ne pensons pas cette élection par un corps électoral unique recommandable. Le conseil de surveillance sera mixte; il n'y a pas de raison que ceux qui le désigneront soient rassemblés dans une assemblée électorale mixte.

16. Éligibilité

Étroitement liée à la question de la désignation des membres, intervient celle de leur éligibilité.

Deux conceptions sont encore ici possibles. Ou bien tout actionnaire et *tout travailleur employé par la SE* peut être considéré comme éligible au conseil de surveillance (sous condition d'âge et d'ancienneté); le danger est celui d'incompétence. Ou bien on peut souhaiter que ceux qui auront à défendre le point de vue des travailleurs en soient à la fois dignes et capables, et que seuls des *experts*, connaissant la marche d'une société, les problèmes économiques et sociaux qu'elle soulève, puissent être élus. Cela conduirait à déclarer les travailleurs de la SE inéligibles quoique seuls électeurs.

A la vérité, c'est une voie intermédiaire qui semble préférable : le secteur de la SE devrait contenir une stipulation aux termes de laquelle les représentants des travailleurs devraient être, à concurrence d'une certaine proportion (la moitié par exemple), des *salariés de la société* appartenant aux différentes nationalités des États où fonctionne la SE, et à concurrence d'une certaine proportion, des personnalités compétentes *non salariées de la SE* choisies par les salariés. Certes, ceux-ci défendront peut-être moins vigoureusement les intérêts des travailleurs, mais auront au minimum la confiance de ceux-ci. Parmi eux, des syndicalistes ou experts économiques des syndicats pourraient figurer, des universitaires, des économistes indépendants, etc.

17. Pour un organe de proposition

Si nous inclinons vers la création d'un organe de proposition au niveau européen qui recueillerait des suggestions faites par les actionnaires et les syndicats, et si nous recommandons qu'une proportion des personnes à élire soient extérieures au personnel de la société, ce n'est pas pour donner aux organismes européens et aux syndicats une prééminence quelconque. La Commission de la CEE se contenterait d'organiser le secrétariat de cet organe de proposition. En pratique, celui-ci serait composé des secrétariats syndicaux

européens et des organisations patronales européennes. Aucune déviation dans un sens politique n'est à redouter, car le règlement de cet organe de proposition serait assez précis pour éviter tout arbitraire. Il dresserait des listes selon des directives préalables. La suggestion a seulement pour raison d'être d'éviter des choix aveugles et isolés aboutissant à mandater dans le conseil de surveillance des salariés peu informés, s'ignorant les uns les autres, mal préparés à leur tâche.

De toute manière, il paraît important d'associer le mouvement syndical à l'opération, comme cela est acquis en France pour l'élection des conseils d'entreprise et en Allemagne dans la MBG. Ne serait-ce que pour cette raison, (qui sera développée infra : conclusions), le choix du modèle de participation se fera par voie d'accord entre les fondateurs de la SE et les syndicats; déjà associés au choix, il est normal que ceux-ci soient appelés à jouer un rôle dans le recrutement des élus salariés au conseil de surveillance.

B

18. La participation au directoire

La question se pose ensuite de savoir si les travailleurs doivent être représentés dans l'organe de *direction* ou seulement dans l'organe de *contrôle*.

Si l'on veut que les travailleurs participent au processus de prise de décision lui-même, il est bien évident que c'est au sein du Vorstand, du directoire, qu'il faut assurer leur présence. C'est à cette fin que la loi allemande MBG avait imaginé l'institution du directeur du travail.

Seulement, on est bien obligé d'observer que ce directeur avait une compétence restreinte, et une compétence non pas économique, mais relative aux questions sociales et de personnel. On observe aussi que ce directeur du travail a souvent été placé dans une position fausse psychologiquement. Il est au cœur d'un perpétuel conflit de devoirs et risque de se voir accuser sans cesse de trahir les intérêts soit de ses mandants, soit de l'entreprise. Le mouvement syndical en Allemagne ne semble pas toujours considérer que l'institution a une valeur décisive. Il y a autre chose : l'évolution tendant, comme on l'a exposé, à faire assurer la gestion par des professionnels (cadres supérieurs) qui ne représentent pas nécessairement les intérêts des actionnaires, mais ceux de la firme, il n'existe pas de raison profonde de faire figurer parmi eux un représentant des travailleurs, ou un directeur investi par eux. Tous les directeurs peuvent être placés sur le même pied et élus de la même façon.

19. Le directeur du personnel

Toutefois, si l'institution allemande de l'Arbeitsdirektor ne s'impose pas, elle reposait sur une idée profondément juste, à savoir qu'il est satisfaisant pour les travailleurs de savoir qu'au sein de l'exécutif qui dirige la société quelqu'un est spécialement chargé des problèmes de personnel, lesquels acquièrent ainsi une importance comparable aux problèmes financiers ou commerciaux. Sans retenir la procédure de désignation de la loi allemande MBG, il est donc à recommander que parmi les directeurs, l'un soit spécialement chargé des questions sociales ou de personnel. Au surplus, sa désignation pourrait requérir une majorité qualifiée au sein du conseil de surveillance, ce qui assurerait qu'il jouit de la confiance des salariés. Ou encore, il pourrait être proposé par les représentants des salariés, l'élection se faisant ensuite comme celle des autres directeurs. Et le statut de la SE pourrait le dire explicitement. Malgré cette réserve, il est clair qu'il n'existera pour autant aucune participation directe à la gestion proprement dite. La participation prendra exclusivement la forme du cocontrôle de la gestion; simplement, parmi les directeurs désignés, l'un aura dans sa compétence les questions sociales.

C

20. La composition du conseil de surveillance

Plus fondamental apparaît le débat relatif à la part que les salariés doivent détenir au sein du conseil de surveillance de la SE. La proportion doit-elle être de la *moitié* (MBG), d'un *tiers* (BVG)? Le point de vue des partenaires sociaux allemands est ici complètement opposé et la décision apparaît comme ne pouvant être que politique.

Pourtant, il appartient au juriste de chercher des formules de compromis. Paradoxalement, il existe de nombreuses possibilités de conciliation parmi lesquelles il faut retenir la plus efficace.

- a) Une distinction serait possible *en fonction du secteur de l'économie* concerné. La MBG s'applique dans l'industrie sidérurgique et les charbonnages. La cogestion paritaire serait instituée seulement dans le secteur européen du charbon et de l'acier. Mieux : les charbonnages, qu'ils soient ou non nationalisés, relèvent de plus en plus du contrôle des pouvoirs publics. La sidérurgie a cessé d'être abandonnée entièrement à l'initiative privée. Le cocontrôle à base de parité pourrait être institué là où l'influence étatique est prédominante (secteur public, ou d'intérêt public), le rôle du onzième homme étant tenu par un représentant de l'administration. On a vu que dans le secteur nationalisé

en France existait déjà une participation sinon à la gestion, du moins au contrôle. Il resterait à définir les branches de l'économie qui relèveraient de ce paritarisme; les transports ferroviaires, aériens, maritimes y seraient sans doute englobés. Mais des incertitudes et des conflits seraient inévitables, car la conception même du secteur « public » varie grandement d'un pays à un autre. La distinction, séduisante, risque de se révéler difficilement praticable.

- b) Une autre distinction concevable tiendrait compte de la dimension de la firme. Au-dessous d'un certain effectif de salariés (par exemple 1 000), la participation serait minoritaire; elle deviendrait paritaire dans les grosses entreprises. Cette discrimination ne serait pas entièrement arbitraire. Dans la petite entreprise, le rôle de l'entrepreneur, propriétaire ou agent des propriétaires, reste prédominant. Or, il a été indiqué que la participation était liée au développement du management. Celui-ci n'existe que dans les grosses entreprises concentrées : c'est là que l'indifférence des actionnaires à la gestion est la plus répandue; c'est là que la participation des travailleurs doit être la plus complète. On retiendra au passage que cette orientation est liée au problème dit de l'accès à la SE. Si cet accès est réservé aux grosses firmes, la question se présente autrement.
- c) Un autre principe de distinction serait admissible. Ce que redoute le patronat, c'est la présence de délégués syndicaux, indifférents aux intérêts de l'entreprise, au sein des organes de celle-ci, présence souhaitable pour éviter le paternalisme d'entreprise.

Ne pourrait-on envisager une sorte de marché : ou bien participation non paritaire (mais supérieure à 33 %, par exemple 45 %) avec présence des syndicats représentatifs nationalement constitués; ou bien, participation paritaire, à base de désignation par le seul personnel de l'entreprise en dehors de tout élément directement désigné par les syndicats? Resterait à savoir à qui incomberait le choix : le mieux serait d'inscrire ce choix dans les statuts de chaque SE. Au surplus, la formule se heurte à l'objection de créer des discriminations entre sociétés européennes.

21. Les projets néerlandais, français et luxembourgeois

De quelque côté qu'on se tourne, on est ainsi conduit à cette constatation affligeante : ou bien le contrôle est exercé paritairement et le patronat ne l'acceptera pas; ou bien les représentants du personnel ne sont pas à égalité avec ceux des associés, et alors on se trouve devant une caricature de participation dont les salariés ne se soucient pas.

Pour montrer la difficulté de trouver une solution pratique, on rappellera que dans un projet français datant de 1959 — qui s'était, à l'époque, heurté à une très forte résistance et avait dû être abandonné — il n'était pourtant prévu une participation des salariés au conseil d'administration des sociétés anonymes que dans la limite *d'un quart*! En droit français positif, il n'y a que *deux* salariés au conseil de surveillance ou d'administration dont le rôle est pourtant purement consultatif. Même si les projets de réforme en cours en France conduisaient à leur attribuer voix délibérative, on resterait encore en deçà du BVG.

La commission Verdam aux Pays-Bas propose que le personnel nomme *un* ou, au maximum, *deux* membres du conseil de surveillance; encore ce membre représentant les travailleurs ne doit-il ni faire lui-même partie du personnel, ni être un fonctionnaire syndical. Les projets français et néerlandais sont donc en retrait même sur le BVG. De même, un projet de loi luxembourgeois prévoit, dans les sociétés anonymes occupant plus de 1 000 salariés, la présence de trois élus seulement des salariés au conseil d'administration.

22. Propositions de solution

On a sans doute exagéré le caractère passionnel de la controverse. Il ne faut pas oublier en effet qu'il s'agit d'un organe de contrôle (surveillance) plus que de décision; que la parité ne conduit pas obligatoirement à l'affrontement de deux blocs homogènes. L'alternative : participation égalitaire ou participation minoritaire, pour être contraignante, ne devrait pas entraîner l'échec de la formule.

- a) Les salariés ayant plus de 33 % de membres et moins de 50 % : une *pondération des votes* ou l'*exigence de majorité* qualifiée peut permettre de dépasser la contradiction et de leur donner un droit de veto sur certaines décisions. C'est une première possibilité. Il en est d'autres.
- b) Il serait conforme aux tendances actuelles de ne pas tenir l'intérêt général, le public des consommateurs, à l'écart de l'organe de contrôle (voir à cet égard Introduction n° 10). Afin d'éviter l'affrontement des délégués des actionnaires et de ceux des travailleurs, une délégation représentant l'intérêt public serait introduite dans le conseil, ce qui donnerait schématiquement : *un tiers aux actionnaires, un tiers aux salariés, un tiers aux représentants d'intérêts généraux*. La crainte que les représentants publics aient un rôle excessif dans une entreprise à but lucratif ne semble pas fondée, car on ne doit pas oublier que, par hypothèse, plusieurs États seraient intéressés et que la domination d'un seul ne serait pas à craindre.
- c) On peut aussi concevoir que les représentants des actionnaires et des salariés cooptent à concurrence

d'un certain pourcentage *des experts indépendants*, selon la méthode allemande, ce qui donnerait aux votes plus de souplesse : 40 % de salariés, 40 % d'actionnaires, 20 % d'experts (10 % par les actionnaires, 10 % par les salariés). La représentation serait ainsi *différenciée*. Déjà, les banques figurent dans les conseils de surveillance au nom de leurs clients; pourquoi pas des syndicalistes, des économistes, des comptables représentant les travailleurs de l'entreprise?

La formule aurait plus de chances d'être acceptée que celle introduisant dans le conseil de surveillance des représentants plus ou moins camouflés des États. On rejoint de la sorte cette idée (cf. supra n° 16) que les travailleurs de l'entreprise désigneront un pourcentage de membres pris *hors de la catégorie des travailleurs de l'entreprise, comme experts chargés* de veiller sur les intérêts des travailleurs au sein du conseil de surveillance. La technicité des problèmes permet d'assurer que les intérêts des travailleurs seront ainsi mieux sauvegardés que par la présence de salariés peu informés.

Ce qui semble en définitive le plus satisfaisant, c'est de compenser une représentation minoritaire des salariés par 1°, une technique de majorités qualifiées (cf. n° 24 infra), 2°, la présence d'experts indépendants, choisis les uns par les actionnaires, les autres par les salariés.

D

23. Pouvoirs du conseil de surveillance

A cet obstacle tenant à la composition du conseil de surveillance, s'ajoute du reste un autre obstacle lié à la définition de ses pouvoirs. Si l'on s'inspire de la loi allemande et si l'on suit le projet Sanders, le conseil « exerce le contrôle permanent de l'administration de la société par le directoire »; « il a un droit illimité de regard et de contrôle sur toutes les opérations de la société ». Il s'agit donc d'un contrôle à vocation générale. De plus, c'est lui qui procède au choix des membres du directoire qu'il recrute dans le cadre d'un contrat analogue à un contrat de travail, et c'est lui qui les révoque pour motifs graves.

Il est à craindre que ce pouvoir général de contrôle soit, pour ce qui regarde les représentants du personnel, à la fois trop vaste et insuffisamment développé sur certains points précis.

- a) S'il y avait participation paritaire, il est à craindre que le contrôle général de toutes les décisions, donc de toute la politique de la société, y compris le pouvoir de nommer et de révoquer le directoire,

ne soit jugé comme conférant au travail des droits excessifs dans la vie de la société. Or, il est difficile de distinguer des délibérations où les représentants des travailleurs seraient associés et d'autres où ils ne le seraient pas. Les *pouvoirs* très considérables du conseil de surveillance incitent donc à n'admettre qu'une *participation minoritaire*; cette concession serait d'autant plus admissible que, les intérêts du capital n'étant pas toujours homogènes, un certain rôle d'arbitrage resterait possible au profit des membres salariés; surtout si leur participation est, par exemple, de 40 ou de 45 %. De toute manière, ce qui importe aux travailleurs, c'est d'être *informés* à un stade aussi précoce que possible de la politique générale. Leur présence au conseil leur garantit cette information. Quant à la *désignation des directeurs*, ils y participent comme les autres membres du conseil, sans avoir un droit de blocage puisqu'ils seront minoritaires. Cependant, ce qui a été dit au n° 19 conduirait à leur reconnaître un droit de veto particulier en ce qui concerne le recrutement du directeur du travail (choix de celui-ci à une majorité qualifiée).

- b) Mais les pouvoirs du conseil sont, d'autre part, *insuffisamment précis* sur différents points qui concernent au premier chef le personnel. On veut évoquer les décisions économiques ayant un retentissement sur l'emploi, mentionnées ci-dessus (1^{ère} partie, n°s 18-19). Cela conduirait logiquement à opposer deux types de délibérations : les unes s'accommoderaient d'une participation minoritaire (qui ne serait pas purement consultative, au demeurant); les secondes impliqueraient une participation paritaire. Toutefois, il est clair qu'un tel mécanisme est pratiquement impossible à faire fonctionner et que l'idée trouverait à s'appliquer de façon plus satisfaisante si le contrôle s'exerçait au sein d'un organe autre que le conseil de surveillance. On ne voit pas en effet un conseil de surveillance à composition variable et à pouvoirs variables en fonction de cette composition.

24. Votes variables selon les décisions

Une solution pourrait cependant consister à admettre une participation minoritaire — mais en contrepartie à inclure dans le statut de la SE une règle aux termes de laquelle le directoire ne pourrait prendre de décisions susceptibles de provoquer la fermeture d'un établissement, un licenciement collectif, ni en matière de fusion ou concentration, de déplacement d'un établissement, de modification profonde du mode de production et, plus généralement, toute décision ayant des répercussions sur l'emploi, qu'après *avis conforme* du conseil de surveillance, donné à une *majorité qualifiée* (trois quarts), ce qui suppose que les représen-

tants du personnel y auront consenti. Satisfaction serait donnée à cette revendication essentielle que les intérêts vitaux des travailleurs ne pourront être sacrifiés à travers une décision qu'ils n'auraient pas approuvée. A un *contrôle général minoritaire se superposerait un droit limité de codécision paritaire*.

Le domaine de cette codécision « paritaire » (en réalité grâce à l'exigence d'une majorité qualifiée) serait d'abord la politique planifiée du personnel *lato sensu*. Une gestion scientifique permet de savoir à l'avance comment, en liaison avec les décisions économiques prises, varieront les effectifs; elle permet aussi de connaître le chiffre des départs par décès, mise à la retraite, etc. C'est pour cet ensemble de mesures qu'un droit spécial de blocage serait reconnu aux membres salariés du conseil de surveillance. Mais est-il possible d'étendre ce droit de codécision paritaire à la politique économique ayant des incidences sur l'emploi? On peut objecter que toute décision économique se répercute sur l'emploi. Dès lors, ou bien toute décision requerrera la majorité qualifiée et les droits du personnel seront jugés excessifs; ou bien ceux-ci seront placés devant des décisions à eux imposées, dont les conséquences ne se manifesteront que plus tard. Ce problème se retrouvera dans tout mécanisme de participation.

On peut tenter de le résoudre de la façon suivante :

- a) en obligeant statutairement la direction à assortir toute proposition faite au conseil d'un paragraphe relatif aux conséquences prévisibles sur l'emploi (afin d'éviter le grief d'information insuffisante);
- b) en obligeant statutairement la direction à avoir un plan permanent de politique du personnel comme les sociétés américaines, plan à ratifier à une majorité qualifiée;
- c) en énumérant dans le statut certaines catégories de décisions dont l'approbation exigera la majorité qualifiée comme susceptible d'avoir des répercussions sur l'emploi; ainsi une fusion, un déplacement d'établissement, une reconversion.

Pour le surplus, la majorité simple jouera et le droit des représentants du personnel se limitera à une large information assortie d'un contrôle minoritaire.

25. L'assemblée générale ou la société du personnel

Quant à l'organe dit *délibératif* représenté par l'assemblée générale des actionnaires, il pourrait être tenté, par symétrie, de le doubler par une assemblée générale du personnel que prévoit la législation allemande. Deux raisons persuadent de n'en pas proposer la création : d'une part, dans une SE, cette assemblée générale serait manifestement impossible à réunir et tournerait à la tour de Babel; d'autre part, le rôle vé-

ritable des assemblées générales est en déclin; elles ne sont plus que des chambres d'enregistrement. L'actionnaire ne s'intéresse pas aux affaires sociales, mais veut seulement que son action lui rapporte. Dans ces conditions, ce qui correspondrait pour les travailleurs aux droits de l'actionnaire, ce serait : *a*) une information effective, que la SE pourrait fournir en publiant un document clair et compréhensible, distribué à *tout le personnel*; *b*) une participation aux résultats, que le statut de la SE pourrait rendre obligatoire.

De même qu'une assemblée du personnel ne paraît pas souhaitable, de même la constitution du personnel en une *société de main-d'œuvre*, comme on l'a parfois proposé en France, ne paraît pas opportune. Compréhensible s'il s'agit de gérer les droits aux fruits de l'entreprise, cette société distincte ne paraît pas avoir d'utilité s'il s'agit seulement de participation aux décisions.

La question de la participation aux résultats n'ayant pas à être étudiée dans ce rapport, il n'est pas nécessaire d'approfondir ces différents points.

26. Articulation avec les conseils d'établissement

Si l'on retient l'ensemble des suggestions précédentes, il demeure deux difficultés qu'on doit se contenter de signaler sans prétendre les résoudre en quelques lignes.

La première a trait à la survivance des conseils d'établissement nationaux. Leurs pouvoirs ne sont pas identiques dans chaque législation. On ne peut éviter de considérer que leur fonctionnement, lié à la réglementation du travail, continue à être régi par la loi territorialement compétente, et qu'ils seront maintenus, ne serait-ce qu'à raison de leurs attributions sociales.

Mais la création d'un organe de la SE, où les élus des travailleurs seront représentés, ne peut manquer de les dessaisir de certaines de leurs attributions d'ordre économique (avis préalable à un licenciement collectif, codécision en matière d'heures supplémentaires). Une articulation deviendra nécessaire entre l'échelon européen et l'échelon national, au point qu'on doit admettre que la décision de l'organe européen de cogestion devra lier les conseils d'établissement dans chaque pays considéré. Une structure de type fédéral s'imposera à la société européenne, et de ce fait les conseils « locaux » perdront une partie de leur compétence.

27. Recours et sanctions

Une seconde difficulté apparaît si l'on examine le problème du contrôle juridictionnel.

Faut-il donner à l'organe de cogestion la possibilité de saisir un pouvoir juridictionnel ou arbitral extérieur à la société, comme cela est prévu par exemple dans les projets néerlandais? A notre sens, la réponse doit être négative. Une chose est la possibilité de recours offert à un organe purement consultatif (cf. *supra* II) lorsque ses avis sont méconnus. Autre chose est le fonctionnement d'un organe à pouvoirs délibératifs, interne à la société. Dans ce cas, qui est celui ici traité, ou bien le vote a eu lieu régulièrement; alors il est sans recours, même si les représentants des travailleurs n'ont pas eu satisfaction. Ou bien une décision a été prise dans des conditions irrégulières; alors on se trouve devant un problème non spécifique; une demande en annulation pourra être présentée devant l'organe juridictionnel que le statut de la SE aura prévu pour connaître des litiges auxquels son fonctionnement donnera lieu. Par conséquent, dans le cas de la SE avec conseil de surveillance à composition partiellement salariale, il ne peut être prévu de recourir à une autorité extérieure à mission médiatrice ou arbitrale qui départagerait les parties en conflit. C'est la logique du système. Seul un contrôle de régularité formelle selon le droit commun est concevable.

II – LA PARTICIPATION PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN CONSEIL D'ENTREPRISE CONSULTATIF

1. Participation informative et consultative

La participation aux décisions peut résulter indirectement de processus d'information, de consultation, d'étude et de proposition.

La direction informe les représentants des travailleurs et sollicite leur avis, c'est-à-dire les consulte avant qu'une décision soit prise, mais se réserve la décision finale. Il peut se faire aussi que la direction ait l'*obligation de prendre avis* des représentants du personnel, ce qui les associe de plus près à la décision; mais s'il y a obligation de consulter, l'avis ne lie en rien la direction. Dans une autre variante, les représentants des travailleurs ont la possibilité, *de leur propre initiative*, d'émettre des suggestions positives à l'intention de la direction. Le mécanisme s'insère dans une politique de communication; il trouve généralement son expression dans un comité ou conseil d'entreprise; il s'agit de participation consultative et non décisionnelle.

Le système peut être renforcé si l'on exige l'avis *conforme* du comité (son agrément) ou si on lui donne un droit de *veto* à l'encontre de certaines décisions; à la vérité, il n'y a plus alors consultation pure et simple et des conflits sont possibles. Les divergences entre le comité et la direction doivent alors être soumises à une autorité arbitrale publique administrative ou judiciaire.

Le système est infléchi dans un sens particulier si le conseil a le droit de conclure avec la direction des conventions d'entreprise.

Il importe peu que ces conseils soient institués par la législation ou créés volontairement, soit par des accords nationaux, soit par initiative de la direction ou par des accords d'entreprise. En général, la consultation est alors simplement volontaire. Le mécanisme de commissions mixtes est lié au système général des relations industrielles et de solution des conflits.

Dans les pays anglo-saxons, il existe une difficulté de séparer ce qui relève de la consultation et de la négociation; il y a un déclin de la participation consultative au profit du domaine conflictuel et négocié.

Au contraire, dans les pays de l'Europe des Six, la participation consultative connaît en général un assez large essor, sauf toutefois en Italie où les commissions internes d'entreprise n'ont plus guère de vitalité. Il importe toutefois de ne pas se laisser tromper : l'activité des conseils d'entreprise est surtout intense dans

le domaine social (et parfois professionnel). Leur rôle en matière de gestion économique de la firme n'est pas considérable.

§ 1 - Institution du conseil économique central

2. Les conseils d'entreprise

Une possibilité qui pourrait être mise à profit dans la société européenne, serait d'utiliser les mécanismes de consultation connus dans les six pays et qui ont pour support les comités et conseils d'entreprise, ainsi qu'en Allemagne la commission économique. Certaines améliorations récentes apportées à l'institution des projets de réforme élaborés ces derniers temps permettraient même sans doute de faire faire à l'institution des progrès non négligeables. En outre, les milieux patronaux accepteraient probablement sans difficulté des comités « européens », même à pouvoirs élargis.

Cependant l'organe reste, dans cette hypothèse, extérieur à la société sur laquelle il n'exerce pas de véritable contrôle et dans laquelle il n'est pas associé aux décisions. Si le conseil devient un organe spécifique de cogestion interne à la société, la formule est très différente et doit être étudiée séparément. En laissant de côté tout ce qui ne touche pas la gestion économique de la société, le dessein pourrait prendre l'allure générale suivante.

3. Composition du conseil économique central

Toute société européenne serait tenue d'avoir un comité ou conseil à l'échelon supérieur (« conseil économique central »). Un choix existe quant à la *composition* de celui-ci : doit-il être exclusivement formé de travailleurs? Ou doit-il être également formé d'un ou de plusieurs représentants de la direction? Ce choix entre la méthode de la composition mixte ou celle de la composition homogène, — formules que se partagent les législations internes, — apparaît secondaire. Il apparaît néanmoins préférable que, composé de travailleurs, il soit présidé par l'employeur ou son représentant. Le nombre des membres salariés est à débattre, l'essentiel étant qu'il soit proportionnel à l'importance numérique de la main-d'œuvre employée par la firme.

Un point capital est évidemment celui de la représentation obligatoire des cadres subalternes, moyens et supérieurs, dont la présence devra être nécessairement requise.

4. Élections

En ce qui concerne l'*organe électoral* et le mode d'élection, il est bien clair qu'on se trouvera en présence d'une élection au second degré. La SE aura des établissements d'importance variable dans chaque pays membre, lesquels auront déjà leur organe représentatif. Dans ces conditions, la seule voie ouverte est non pas le suffrage universel de tous les salariés de la firme, mais la désignation de délégués par les différents conseils ou comités nationaux en proportion de l'effectif occupé sur le territoire national. Un point qui n'est pas secondaire est celui de la représentation distincte des différentes catégories de salariés. Il paraît indubitable, étant donné les tendances actuelles, qu'une représentation équitable de chaque catégorie doit être assurée, au besoin par l'accroissement du nombre des représentants, permettant la représentation indépendante des cadres.

5. Rôle des syndicats

Dans la problématique de la participation, on en vient très vite à isoler un problème qui semble secondaire, mais qui ne l'est qu'en apparence : celui du rôle respectif des élus du personnel de la société et des syndicats organisés à l'extérieur de celle-ci dans la représentation des travailleurs.

Si le personnel veut pouvoir jouer le rôle de contre-poids à l'omnipotence du capital, c'est en s'appuyant sur le mouvement syndical, faute de quoi les élus du personnel seraient vite sans ressort et sans force en face de la direction.

L'expérience prouve que se constituerait assez rapidement un « égoïsme d'entreprise » et que les perspectives générales seraient vite perdues. De même que les actionnaires ont besoin d'experts et de professionnels, de même les travailleurs ont besoin de ces éléments venus de l'extérieur que sont les militants syndicaux. Un dosage doit être établi entre les uns et les autres. La législation allemande MBG s'y est attachée, laquelle, outre les membres élus du personnel, fait siéger au conseil de surveillance un membre « supplémentaire », qui n'est pas un travailleur de l'entreprise, et deux syndicalistes. De même, la loi française sur les comités d'entreprise assure la représentation des organisations syndicales représentatives en tant que telles au sein même du comité, sans voix délibérative toutefois. Cependant le patronat voit avec une certaine méfiance les tiers étrangers à l'entreprise

investis de droits à l'intérieur de celle-ci. Il redoute qu'une contestation permanente se substitue à une nécessaire collaboration. On peut répondre que ce sont les banques, mandataires des actionnaires, qui jouissent actuellement du principal pouvoir délibérant au sein d'une société dont elles ne font pas nécessairement partie.

Ce difficile dosage se retrouve même dans les systèmes qui atteignent une participation à travers la négociation collective, car celle-ci ne peut fonctionner de façon efficace que si le fait syndical est d'abord reconnu dans l'entreprise et qu'existe une obligation de négocier avec l'organisation syndicale qualifiée.

Mais les syndicalistes au sein de l'organe d'information, de contrôle ou de négociation doivent être « relativement » indépendants de leur organisation afin de ne pas agir exclusivement sur instructions reçues. Une distinction serait possible entre la défense des intérêts à court terme des salariés, fonction propre du syndicat, et la défense de leurs intérêts à long terme, s'identifiant avec ceux de l'entreprise, fonction propre des conseils.

De toute manière, ce ne serait pas aller dans le sens du progrès que de concevoir une participation à travers un conseil élu d'où les syndicats seraient tenus à l'écart. Le mouvement syndical doit être présent lors de l'élection et au sein même du conseil élu.

S'il est capital d'assurer la représentation des syndicats, si la loi française du 24 juin 1966 a attiré spécialement l'attention sur cette nécessité, cette représentation n'est pas suffisamment assurée par le simple fait que les membres des conseils et comités ont souvent été *présentés* au suffrage par des syndicats et sont eux-mêmes des syndicalistes. Il importe que les syndicats, comme tels, soient *présents* dans l'organe européen. Il pourra être satisfait à cette exigence si l'on pose en principe que tout syndicat représentatif au plan national et ayant des adhérents dans les établissements que la SE possède dans chaque pays pourra désigner un ou éventuellement plusieurs représentants au sein du conseil économique central, ayant mêmes pouvoirs et même statut que les membres élus.

6. Facilités et protection contre le licenciement

Étant donné l'importance majeure de la mission qui sera confiée à chaque « conseiller économique » européen, il paraît souhaitable d'aller au delà de ce que les législations internes admettent pour ce qui est des *facilités* dont il jouit et de la *protection* dont il bénéficie de la part de l'employeur. En premier lieu, il paraît difficile de ne pas le libérer entièrement de ses obligations professionnelles : devant exercer à la fois

un mandat électif sur le plan national et sur le plan européen, ses occupations seront suffisantes pour qu'il n'ait pas au surplus à travailler. Évidemment, son droit au salaire sera conservé; peut-être même devra-t-il percevoir des allocations supplémentaires, représentatives de frais, ou une indemnité spéciale de fonctions. Il ne saurait être question pour lui d'un nombre d'heures de liberté ou d'absence: le contrat de travail est suspendu pendant toute la durée de son mandat avec maintien du salaire.

En second lieu, il paraît impossible d'assurer simplement sa protection contre le licenciement. L'expérience du droit interne a montré que toute mesure de protection risquait d'être en pratique inefficace. Aussi est-il suggéré de dire que le licenciement par l'employeur de tout membre du conseil économique central de la société européenne est interdit. C'est d'ailleurs ce qu'admettent déjà plusieurs législations. Dès lors que ce salarié ne travaille plus, on ne voit pas sur quelle base le congédiement serait prononcé, sinon sur la base de son activité comme mandataire, ce qui est inconcevable.

7. Création par le statut de la SE

Le statut du nouvel organe est incontestablement une question délicate. Les conseils d'entreprise ont la personnalité juridique ou ne l'ont pas, selon les législations. Mais tel n'est pas ici le point essentiel dans la mesure où le conseil central n'aura pas d'attributions sociales. Ce qui semble essentiel, c'est de faire de ce conseil d'entreprise européen un organisme à statut européen comme la SE et recevant ses règles d'organisation et de fonctionnement du même instrument juridique.

L'objection qui se présentera sera tirée de ce que le statut de la SE n'a pas à traiter de la représentation des travailleurs, matière qui relève du droit du travail, donc de la loi nationale. Cette objection n'est pas pertinente. La création de ce conseil économique central, comme la participation des salariés au conseil de surveillance ou à tout autre organe de la société, s'analyse comme une restriction — modeste, sans doute, mais réelle — aux droits jusque-là souverains des associés propriétaires. Cette restriction est une des données mêmes du problème. Elle aura pour effet d'obliger le directoire de la SE à réunir ce conseil, à l'informer, à prendre son avis, à en tenir compte dans une mesure à déterminer: il importe donc que ce soit le statut de la SE qui crée cet organe et définisse ses pouvoirs.

§ 2 - Attributions du conseil

8. Formation des conseillers élus

Les attributions du conseil économique seront fondamentalement d'ordre consultatif et informatif. Cependant, même ainsi conçus, ils pourraient être élargis au maximum.

Ils ne pourraient être que d'information et de consultation dans la mesure où l'institution dans les droits internes n'est pourvue que de pouvoirs d'information et de consultation. Mais il est des domaines où il pourrait ne pas être contraire à la logique du système d'aller au delà des législations nationales.

En tout premier lieu, l'information, pour être correctement reçue, suppose la *formation*. Des dispositions sur la formation économique et financière des travailleurs pourraient être insérées dans le statut de la SE. Qu'on n'objecte pas que cela aussi est sans rapport direct avec la création de sociétés européennes. Dès lors que cette création suppose une certaine participation des travailleurs, il faut choisir une forme pour cette participation. La forme présentement exposée — la plus timide au demeurant — a certaines implications qu'il faut accepter. Si le dialogue social ne doit pas être un dialogue de sourds, il importe manifestement que le langage qui sera employé devant le conseil économique central soit compris, que les membres de ce conseil sachent ce qu'est un coût, un bilan, un investissement, la productivité, des stocks, une étude de marché. La SE pourrait être statutairement tenue de donner aux travailleurs des différentes nationalités qu'elle emploie des congés de formation rémunérés et de contribuer au financement d'instituts de formation économique soit nationaux, soit européens. Les futurs élus au conseil économique central y recevraient, sans perte de salaires, une formation intellectuelle adéquate. La part des syndicats dans la direction de ces instituts est un point qui devrait évidemment être précisé.

9. Attributions informatives

L'*information* proprement dite doit être à la fois générale et mettre l'accent en particulier sur les aspects de la marche de la SE, qui intéressent directement les travailleurs, c'est-à-dire sur les décisions ayant des répercussions à plus ou moins long terme sur l'emploi et sur la structure et le niveau des rémunérations. Sur le plan économique général, le statut de la SE doit s'inspirer à la fois des dispositions concernant la commission économique des entreprises allemandes (malgré le peu de succès de l'institution), des droits reconnus par la législation française de 1966 au comité d'entreprise, de certains projets néerlandais. Les règles doivent porter à la fois sur le moment de l'in-

formation et le contenu de celle-ci. Son moment : la *périodicité* sera trimestrielle ou semestrielle; le choix est ici ouvert, mais le point important est que la consultation ait lieu dans un délai suffisamment long précédant la décision. Le contenu doit être très strictement défini si l'on ne veut pas que cette communication reste dans le domaine des généralités. Informer le conseil de la « situation générale de l'entreprise » ne suffit pas. L'information doit porter sur une série de points précis à inscrire dans le statut : l'avenir de l'entreprise (plan de développement, nature des activités envisagées, moyens et personnel nécessaires, reconversion, modification des structures), la vie de l'entreprise (débouchés, prix et tarifs, commandes, exportations, marchés de l'État, contrats avec des tiers, importation, etc.), les résultats de l'entreprise (performances et échecs, bénéfices, situation financière nette, amortissement). On pourrait concevoir une obligation pour la SE de soumettre au conseil une planification du personnel à longue échéance (comme il a été dit dans le I, n° 23).

Si certains points restent obscurs, des *commissions de travail* spécialisées doivent pouvoir être constituées, à composition mixte et qui « suivront » un problème particulier en étant assurées de la coopération des services compétents de l'entreprise.

Si des informations importantes l'exigent, il convient, comme la législation allemande le prévoit, de pouvoir réunir des assemblées générales (qui auraient lieu, ici, séparément dans chaque établissement).

On a dit que l'information exacte du peuple était le fondement de la démocratie. Si la norme est suffisamment précise et contraignante, on peut beaucoup attendre d'une information plus régulière et plus complète du personnel.

L'information peut requérir le concours d'experts : il serait bon qu'allant au delà de la loi française — et en se rapprochant de l'institution allemande du « membre supplémentaire » — on prévoie la participation à part entière, dans le conseil, d'*experts* financiers ou comptables *cooptés par le conseil*.

De toutes manières, il conviendrait que le statut de la SE exclût toute restriction dans l'information fondée sur le secret qui a servi de prétexte dans le passé à ne communiquer que des renseignements sans intérêt. Il doit être prescrit que les mêmes documents doivent être portés à la connaissance des membres du conseil et à la connaissance des actionnaires, ou mieux encore : du conseil de surveillance. Et, comme le prescrit la loi française, le conseil doit pouvoir user du service d'experts pour interpréter correctement ces documents comptables. Il paraît indispensable, encore une fois, de prévoir qu'aucun document ne pourra demeurer secret : la SE doit pouvoir pratiquer une politique de large information, même auprès du public : en Hollande, la commission Verdam souligne l'utilité d'une

publicité élargie de la vie des sociétés, nécessité qui, au même moment, est reconnue par la législation française.

Des informations plus précises doivent porter sur les perspectives relatives à l'emploi et aux rémunérations et sur tout ce qui conditionne leur évolution. Ainsi, tous les changements apportés au mode de fabrication (réorganisation des postes de travail — automation — etc.) doivent être portés à la connaissance du conseil, et ce suffisamment à temps. Les bénéfices réalisés et plus généralement les résultats de l'exploitation ainsi que l'état de la productivité entrent également parmi les informations à communiquer. De même les projets de fusion, de fermeture d'établissements, etc. Une liste par catégories pourrait figurer dans le statut.

10. Attributions consultatives

Le conseil de la SE ne devrait pas seulement être correctement et complètement informé : il devrait pouvoir émettre *avis et suggestions*. On peut ici essayer de faire rendre le maximum au droit existant et même d'aller au delà. Sur un certain nombre de points qui seront indiqués ci-dessous, la consultation du conseil devrait être obligatoire; en outre, le conseil, même là où la consultation n'est pas obligatoire, devrait pouvoir bénéficier d'un *droit d'initiative* ou de suggestion positive, tel que celui prévu au profit de la commission économique en droit allemand. On se rapprocherait ainsi de la limite du contrôle véritable. La consultation serait *la délibération non suivie de vote*, alors que la délibération suivie de vote est proprement la décision. Mais cette délibération devrait être aussi *complète* que possible : il ne s'agit pas seulement d'écouter ou de parler, mais réellement de *discuter*. L'avantage de cette information très complète est qu'elle permet d'obtenir des exécutants une adhésion plus profonde ou d'éclairer les dirigeants par une contestation très « dure ». C'est ce que certains ont pu souhaiter sous le nom de participation « aux études et aux débats d'où procèdent les décisions ».

Quels sont les domaines où la consultation doit être rendue obligatoire? Essentiellement ceux qui relèvent de la politique générale de la firme et ceux à caractère économique mais qu'on peut appeler intermédiaires entre l'économique et le social, c'est-à-dire ayant des incidences sur l'emploi et le volume ou la structure des rémunérations : nouvelles méthodes de fabrication ou d'organisation du travail, programmes de production, réorganisation des établissements, compressions de personnel, affectation des bénéfices, mesures touchant l'amélioration de la productivité, situation du marché et des commandes.

Les points importants sont les suivants : il ne doit pas y avoir une énumération *limitative* des points de consultation obligatoire mais les principaux d'entre

eux devront figurer dans les textes; cette consultation doit être obligatoirement sollicitée dans un *délai* suffisant pour permettre une étude sérieuse du problème. Au surplus, il serait souhaitable que la direction ait l'obligation de faire savoir, lors de chaque réunion, *les suites qui ont été données* à telle suggestion ou tel avis formulés au cours de la réunion précédente, et les *motifs* qui l'ont conduite éventuellement à ne pas suivre l'avis du conseil économique central.

Surtout, on doit insister, si l'on veut ne pas retomber dans les échecs essayés partout par l'institution des comités consultatifs, sur la nécessité de faire porter la consultation *non sur les effets sociaux* de décisions antérieurement prises (une compression de personnel à la suite de l'introduction d'un nouveau procédé de fabrication) — ce qui enlève à la consultation tout contenu réel — mais sur les *décisions* elles-mêmes chaque fois qu'elles sont susceptibles d'avoir des effets sociaux préjudiciables. Le critère de la consultation pourrait être le dommage prévisible ou possible pour les travailleurs. Enfin, il devrait être possible de sanctionner, par la *nullité* d'une délibération ou d'une décision, la circonstance qu'elle n'ait pas été précédée de la consultation du conseil économique central.

11. Le problème de l'«avis conforme» pour certaines décisions

La législation allemande (§ 72, loi BVG de 1952) va plus loin. Elle subordonne à l'avis conforme du comité ou, ce qui revient au même, à son consentement, la prise de certaines décisions graves portant sur la *transformation de l'entreprise* et pouvant avoir des *inconvenients sensibles pour le personnel* : dissolution ou fusion de la société, déplacement total ou partiel de l'entreprise, fermeture ou arrêt total ou partiel d'une entreprise, réduction d'exploitation d'une usine, modification du mode de production et plus généralement de l'objet de l'entreprise et de ses installations, introduction de méthodes de travail nouvelles.

Les projets actuellement en cours de discussion aux Pays-Bas prévoient, dans un ordre d'idées voisin, que le conseil d'entreprise et même l'organisation syndicale peuvent solliciter judiciairement une *enquête* si la manière de gérer de la direction leur semble critiquable, enquête qui peut conduire à la désignation par voie de justice d'une direction nouvelle. En outre, une extension des pouvoirs d'investigation des conseils d'entreprise est prévue si une décision affecte les intérêts vitaux des travailleurs. Il en est ainsi en cas de dissolution de la société, de fusion, de déplacement ou fermeture d'un établissement, de contraction importante de la fabrication ou de modification profonde du mode de production (automation). Mais la consultation, dont la portée n'est pas précisée, porte sur les effets sociaux des décisions elles-mêmes.

La loi belge sur les fermetures d'entreprises serait également à considérer.

Faut-il donc aller au delà de la simple consultation sur tous les problèmes et exiger sur certains points l'*avis conforme* du conseil ou son agrément, ce qui aboutit à lui reconnaître un *droit de veto*, et faire apparaître la possibilité de conflits? On pourrait le soutenir en disant que la formule ici présentée étant la moins audacieuse, la plus respectueuse du statu quo (au moins pour cinq pays sur six), devrait comporter une compensation, en ouvrant des droits plus larges aux élus du personnel. Toutefois, il faut prendre garde de rester à l'intérieur d'une certaine logique, d'une certaine systématique juridique. Ce qui est concevable avec une participation « conflictuelle » — sous forme de négociation — ou avec une participation à l'intérieur des organes normaux de la société risque d'aboutir à la paralysie de la gestion dans le cadre d'une participation du type actuellement considéré.

Ce qui serait concevable entre ces deux extrêmes, c'est que ce droit véritable de codécision accordé au conseil économique central soit limité à certaines matières strictement définies. Il ne saurait s'étendre à la politique générale de l'entreprise ni aux décisions économiques autres que celles à répercussion sur l'emploi. Dans cette sphère restreinte, il est difficile de ne pas aller au delà de la simple consultation, sinon la formule serait rejetée par l'ensemble des syndicats européens comme dérisoire : une consultation générale, plus une codécision sur certains points précis, serait la formule à conseiller. Parmi ces points précis figurerait nécessairement la planification de l'emploi.

12. Le risque de conflits

Le risque véritable que présente l'octroi d'un droit de codécision au comité en ces matières, est d'ouvrir la porte à des conflits, risque pris en considération en Allemagne où des procédures de conciliation ou de médiation sont prévues, et même en France où l'inspection du travail est parfois appelée à intervenir, ou en Hollande où l'on envisage l'intervention judiciaire. Au plan européen, de telles mesures sont malaisément praticables. C'est là que se mesure la limite inhérente à cette technique : on ne peut étendre trop loin les pouvoirs du conseil économique européen sans ouvrir grand la porte à des conflits internes et retarder les décisions par des procédures arbitrales. C'est la raison pour laquelle certains n'estimeront pas possible d'aller au delà de la consultation jusqu'à la codécision, même là où le § 72 de la loi BVG a cru pouvoir le faire. C'est aussi la raison pour laquelle cette méthode, consistant dans l'extension des droits des comités d'entreprise, ne paraîtra pas pour tous être la meilleure pour assurer au personnel des SE un véritable droit de participation aux décisions. Apte à améliorer les

relations entre employeurs et travailleurs sur le plan social et professionnel, plan où il est possible de leur reconnaître des pouvoirs de décision, la technique des comités ou conseils d'entreprise n'est pas la meilleure pour organiser la participation aux décisions économiques prises par la société. Si ces propositions sont toutefois accueillies, alors il importerait de les compléter par l'institution systématique d'un recours à une « *magistrature économique* ». Le mot ne doit pas effrayer, car il ne doit pas évoquer une procédure judiciaire lente et formaliste. Un organisme fonctionnant aux côtés de la Commission de la CEE (à l'instar de ce qui a lieu en matière d'ententes) pourrait trancher en cas de conflit et dégager ainsi une sorte de « jurisprudence » en matière de politique de l'emploi. Un recours au fond (impensable dans le cadre du modèle I, cf. n° 26) est ici concevable, permettant de porter l'affaire devant des experts qualifiés, comme prévu par les projets hollandais.

13. Autres possibilités d'élargissement de ses pouvoirs: droit d'enquête et de remontrance

Ceci n'est toutefois qu'une alternative. Rien dans le système n'oblige à introduire un mécanisme d'avis conforme. Une consultation régulière peut indirectement permettre d'influer très profondément sur les décisions de la SE. L'extension des pouvoirs consultatifs pourrait consister dans l'obligation d'obtenir l'accord du conseil central pour le choix du *directeur* chargé de la politique sociale et du personnel. On reprendrait ici l'idée consacrée par la MBG d'un directeur du travail dont le choix dépendrait du consentement des représentants du personnel. On montrerait ainsi l'importance que l'on accorde aux problèmes sociaux dans la gestion de la société et le souci de ne pas les voir régler par quelqu'un qui n'aurait pas la confiance du personnel. Ou encore, dans l'obligation d'avoir le consentement du conseil économique central sur le contenu du *règlement intérieur*, qui pourrait ensuite être soumis à référendum.

On voit que bien des choses sont possibles au delà de la simple reproduction du statu quo. Il importe d'explorer toute la zone qui s'étend de la consultation à la codécision. Si la formation des conseillers élus est bonne, si parmi eux figurent des cadres de la société, on pourrait prévoir, à l'image des propositions faites en Hollande par la commission Verdam, un *droit d'investigation* plus poussé : le conseil aurait le droit de s'enquérir auprès de tous les services de la société de telle ou telle mesure en préparation, de nature à affecter les intérêts des travailleurs, afin d'en étudier l'opportunité et l'application. Ceci dans un premier temps. Dans un second temps, le conseil pourrait sol-

liciter d'une autorité qui pourrait être celle prévue au n° précédent, la désignation d'une *commission d'enquête* composée d'experts (financiers, comptables etc.), ce qui va moins loin que la destitution de la direction. Conseil économique central et commission d'enquête ad hoc pourraient recevoir la faculté de faire des remontrances à la direction, ce qui va plus loin que le simple avis; remontrances qui seraient obligatoirement portées à la connaissance du conseil de surveillance. Ces remontrances pourraient prendre la forme de *contre-propositions*, constituant une alternative à la décision critiquée.

14. Pouvoirs en temps de crise

Ces suggestions laissent intact le pouvoir de décision; mais, par leur action préventive, elles sont de nature à exercer un contrepoids effectif à la pleine souveraineté du collège des directeurs de la société. Allant plus loin et suivant toujours l'esprit de certaines propositions hollandaises, il serait loisible d'accroître les pouvoirs du conseil d'entreprise en *temps de crise*. La situation de crise pourrait être définie légalement; par opposition, bien entendu, à l'état de cessation des paiements, car alors il est trop tard. Des symptômes de l'état de crise seraient un licenciement collectif, la fermeture d'une usine, la non-distribution de dividendes. Si la situation de crise était constatée, le conseil économique central pourrait, par exemple, se réunir de plein droit avec le conseil de surveillance et serait investi des mêmes droits que celui-ci.

15. Accords d'entreprise

Enfin, dans un ordre d'idées différent, pour améliorer les rapports entre le conseil central et la direction de la SE, il pourrait être stipulé qu'un *accord d'entreprise obligatoire* devrait être conclu entre eux, définissant, conformément aux principes ci-dessus exprimés, les droits et le fonctionnement du conseil. Ces accords sont prévus par la loi allemande qui les rend parfois obligatoires. La loi française en admet la licéité. Il ne s'agit pas de véritables conventions collectives de travail et elles ne soulèveraient pas les problèmes délicats que suscitent celles-ci pour être conclues à l'échelle européenne. Leur valeur juridique serait d'ordre interne et prendrait appui sur le statut des SE (cf. conclusions, n° 1 et s.).

L'extension par voie conventionnelle des pouvoirs du conseil d'établissement est discutée en droit allemand. Mais il ne semble pas que cette controverse ait ici de conséquences.

16. Nécessité de prévoir en toute éventualité ce conseil

Même si cette méthode de participation n'était pas retenue et si, par exemple, le choix se portait sur un conseil de surveillance élargi aux travailleurs, il n'en demeure pas moins qu'un conseil central d'entreprise pour la SE serait nécessaire.

Selon une opinion, celui-ci n'aurait pas à être régi par le statut de la SE mais, étant tributaire du seul droit social, serait régi par les législations nationales. Cette opinion ne saurait être acceptée; en effet, la SE échapperait aux législations nationales; celles-ci pourraient bien s'appliquer aux comités d'établissement (Betriebsräte), mais non au comité central qui tient ses séances au siège et qui a mission coordinatrice.

Objectera-t-on encore que si la participation fonctionne dans le cadre du conseil de surveillance, l'existence même d'un conseil central d'entreprise devient inu-

tile? C'est aller un peu vite dans le raisonnement, car le conseil central a d'autres attributions que le recrutement du directoire et le contrôle de la gestion. Par exemple, il peut avoir à répartir la subvention de l'employeur nécessaire au fonctionnement des œuvres sociales entre les différents établissements. Le droit allemand a maintenu le mécanisme des conseils, malgré une participation interne dans la société (en revanche, la commission économique du droit allemand paraît une création superfétatoire).

De ce qui précède, il résulte que le statut de la SE doit prévoir l'existence d'un « conseil central d'entreprise », définir ses modalités de désignation et préciser ses attributions — *quelle que soit la forme de participation finalement retenue*.

Si cette forme de participation est retenue, il aura des attributions économiques. Si elle n'est pas retenue, il aura pour mission de coordonner l'action des comités d'établissement nationaux qui subsisteront.

III – LA CRÉATION D'UN ORGANE PROPRE DE CONTRÔLE DES SALARIÉS DANS LA SOCIÉTÉ

1. L'organe spécial de « cogestion »

La méthode dont l'examen intervient maintenant se présente comme une synthèse des deux précédentes. Elle a été suggérée dans le rapport du professeur Sanders, qui la présente comme une variante ou une alternative à la représentation du personnel dans le conseil de surveillance. Elle peut aussi être conçue comme une amplification de la technique des conseils d'entreprise consultatifs. Il est proposé de créer un « organe spécial de cogestion » composé des représentants du personnel de la SE, dont le rôle serait similaire à celui du conseil de surveillance : unité de direction, pluralité des contrôles, telle est l'idée qui inspire cette suggestion et qu'on retrouve dans mainte étude antérieure.

Les avantages de la formule sont les suivants : le nombre des membres du conseil de surveillance et celui des membres de cet organe est indifférent ; aucune relation n'a besoin d'exister entre le nombre des représentants des actionnaires et celui des représentants des travailleurs. Ainsi les membres de cet organe pourraient être éventuellement plus nombreux que ceux du conseil de surveillance, ce qui est utile dans la mesure où des travailleurs de différentes nationalités devraient nécessairement y figurer.

Un autre avantage de la formule est de permettre l'utilisation des conseils ou comités d'établissement existants, dont l'organe de cogestion serait l'émanation. L'avantage majeur est que la formule est plus acceptable pour les pays qui ignorent la cogestion dans les organes sociaux. Enfin, un conseil de surveillance commun engendre des réunions officielles et séparées : ici, on en prend acte et on sépare en droit les deux catégories de membres de l'organe de contrôle.

L'inconvénient le plus sensible serait d'instituer deux délibérations séparées, et non une délibération commune comportant un échange de vues direct. Et plus nettement encore, cette solution comporterait le risque de conflits entre les deux organes de contrôle, conflits qui pourraient conduire à une certaine paralysie de la gestion ou, au minimum, à une certaine lenteur, s'il est nécessaire de recourir à des procédures de conciliation ou d'arbitrage.

2. Organisation

Il n'y a pas de difficulté réelle à mettre au point l'élection de l'organe. Les travailleurs en service dans les différents pays doivent y être équitablement repré-

sentés. Il n'y a pas de raison de faire une différence entre les travailleurs d'Allemagne et les autres, et de faire application aux premiers des règles relatives à l'élection au conseil de surveillance.

Le plus simple paraît être de procéder à une élection à double degré, le choix des membres étant confié dans chaque pays aux comités ou conseils d'établissement, chacun de ceux-ci élisant un nombre de représentants en proportion de l'effectif occupé dans le pays. La situation est la même que pour l'élection du conseil économique central.

Évidemment, on peut introduire ici les mêmes variations que celles imaginées pour l'élection au conseil de surveillance, auxquelles on renvoie pour plus d'explication (cf. I). Ainsi, on peut imposer le choix par les salariés d'un certain nombre de personnalités retenues pour leur compétence et non salariées de l'entreprise. De même encore, on peut vouloir créer un organe de proposition qui dresserait des listes de candidatures sur lesquelles les travailleurs exerceraient leur choix. Ce qui aurait l'avantage de lier les organisations syndicales à l'élection de cet organe spécial de cogestion.

Ces différents points ne seront pas à nouveau développés ici. On se contentera de préciser, afin d'écarter toute ambiguïté, que cet organe « de cogestion » (en réalité de contrôle) est, par hypothèse, de composition uniquement salariale et non mixte.

3. Pouvoirs identiques ou distincts ?

En ce qui concerne les pouvoirs de cet organe, on se trouve en face de deux conceptions possibles. Le rapport Sanders adopte la formule selon laquelle l'organe aura les *mêmes compétences que le conseil de surveillance*. Cette formule découle logiquement des prémisses selon lesquelles il s'agit d'une simple adaptation de la cogestion allemande. Encore doit-on rappeler que, dans la cogestion allemande, les membres salariés du conseil de surveillance ont compétence pour la nomination et la révocation du directoire. La symétrie existe en Allemagne entre les pouvoirs des représentants des actionnaires et les pouvoirs des représentants des salariés. Faudra-t-il organiser une réunion conjointe pour le recrutement des directeurs ? De toute manière, l'inconvénient d'une formule accordant l'identité de pouvoirs aux deux organes de contrôle est qu'elle risque de multiplier les conflits.

Aussi une seconde conception paraît-elle plus satisfaisante et surtout plus en accord avec l'idée selon la-

quelle les pouvoirs des salariés doivent être calculés en fonction des matières sur lesquelles ces pouvoirs portent. Il s'agirait de donner à chacun des organes de contrôle des *pouvoirs distincts et complémentaires*. On objectera que cela conduirait pour les travailleurs allemands à une diminution de leur pouvoirs actuels. A cela il est possible de répondre que le statut de la SE ne peut reposer que sur une série d'ajustements et de concessions réciproques des différentes législations. Il faudrait donc établir une liste de questions relevant obligatoirement de la compétence de l'organe indépendant de cogestion. Quoique le rapport Sanders déclare l'établissement de cette liste difficile, celle-ci ne paraît pas impossible à rédiger, en fonction de ce qui a déjà été dit des décisions économiques ayant des répercussions en matière d'emploi et de travail. Au surplus, la crainte que la décision prise soit ultérieurement déclarée comme sans valeur juridique incitera les directeurs à soumettre à l'organe plutôt davantage de questions que le texte lui-même ne l'imposera. Une certaine zone de compétence commune aux deux organes de contrôle n'est du reste pas à exclure. L'organe spécial de cogestion devrait recevoir les informations qui doivent être portées à la connaissance du comité économique central (supra II, n° 10). En outre, il serait normal de lui soumettre pour approbation les catégories de questions pour lesquelles il a été indiqué que le conseil de surveillance devrait voter à la majorité qualifiée (supra I, n° 24 : b et c). Si sa consultation n'a pas été sollicitée ou son vote acquis, la décision prise par le directoire devrait être considérée comme viciée et donc annulée.

4. Fonctionnement

Le fonctionnement de l'organe de cogestion devrait être conçu de façon très souple. Le principe devrait être celui de la réunion séparée; mais la faculté devrait être laissée ouverte d'une réunion commune aux côtés du conseil de surveillance, principalement s'il existe, pour une question déterminée, une compétence concurrente. Le vote serait néanmoins séparé à l'intérieur des deux organes, puisqu'il a été indiqué que le nombre des représentants des travailleurs et celui des représentants des actionnaires était indifférent. Le rapport Sanders, procédant à l'adaptation du système allemand, est conduit à comptabiliser les voix de façon complexe : s'il s'agit d'adapter la MBG, le vote de l'organe de cogestion compte pour le même nombre de voix que le conseil de surveillance; s'il s'agit d'adapter le BVG, le vote de l'organe de cogestion compte pour la moitié des voix du conseil de surveillance. On peut s'interroger sur le bien-fondé d'un tel calcul, dès lors qu'il ne s'agit plus d'adapter le droit allemand, mais bien d'établir un régime propre de cogestion pour la SE. Il semble plus logique, dans le cadre d'un tel régime autonome, de dire simplement que les résolutions sont adoptées à l'intérieur de l'or-

gane de cogestion à la majorité des voix, et qu'une même résolution soumise aux deux organes n'est approuvée que si elle obtient, au sein de chacun d'eux, la majorité des voix. De toute manière, le projet Sanders n'échappe pas à l'obstacle que suscite la différence du sens des votes des deux organes. C'est bien le point essentiel.

5. Divergences entre organe de cogestion et conseil de surveillance

En pareil cas, le professeur Sanders prévoit dans un premier temps une réunion commune des deux organes afin de rechercher un accord. C'est une méthode fondée sur la conciliation. Si aucune conciliation n'est possible, c'est alors la voix du président du conseil de surveillance, lequel préside les réunions conjointes, qui est prépondérante, son rôle étant celui du onzième homme dans la loi allemande MBG. Il faut avouer que la proposition n'est guère satisfaisante : déjà lorsqu'on appliquera les règles BVG, l'organe salarial sera toujours minoritaire dans les votes; et lorsqu'on appliquera les règles MBG, c'est le président du conseil de surveillance, donc un représentant des actionnaires qui fera l'arbitrage. Le rapport Sanders justifie cela comme une concession à faire par la partie allemande aux cinq parties qui auraient accepté une forme de cogestion inconnue de leur législation nationale. Il est cependant désirable d'éviter que la cogestion dans la SE soit en définitive toujours minoritaire et de rechercher à cet effet un autre moyen de résoudre les conflits.

Pour cela il peut être opportun de revenir en arrière et de voir d'où vient la cogestion. A l'origine, une origine dont on peut par exemple trouver les traces dans la loi française du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière, les salariés étaient assimilés aux actionnaires (détenant des actions « de travail ») et désignaient leurs représentants à l'assemblée générale. Aucune cogestion n'est aujourd'hui concevable sur ce modèle de la participation à l'assemblée générale. Dans une deuxième étape, la cogestion se fait par la participation au conseil de surveillance, organe intermédiaire entre l'assemblée générale et la direction : c'est la formule allemande. Mais ce qui reste de commun avec la première étape, c'est que les salariés reçoivent des droits à l'intérieur de la société. On fait un léger pas supplémentaire en créant un organe de contrôle salarial, indépendant du conseil de surveillance. Mais cet organe est et demeure partie intégrante de la société.

Quel est, dans ces conditions, l'organe qui reste commun à l'intérieur de la société aux représentants des actionnaires et à ceux des salariés? Le *directoire*. C'est donc logiquement à lui qu'il appartient d'arbitrer lors-

que les deux institutions de surveillance et de contrôle sont en désaccord. Du reste, il rend compte de son action aux deux institutions.

6. Recrutement des directeurs

La clef du problème de la cogestion à double organe est donc à chercher dans le statut du directoire. Les directeurs ne sont plus dans la SE des mandataires auxquels les actionnaires auraient délégué leurs pouvoirs. Ils jouissent de pouvoirs propres et « des pouvoirs les plus étendus pour faire tous les actes intéressant la société », pouvoirs que limite seulement l'objet social. Le projet de SA dû au professeur Sanders dispose aussi, dans la variante A, que les membres du directoire sont nommés *par le conseil de surveillance*, mais dans la variante B, les membres du directoire ne sont nommés et révoqués que *par le conseil de surveillance* : l'organe indépendant de cogestion n'a pas ce pouvoir (si ce n'est pour nommer un directeur du travail au cas d'application de la MBG). Dès lors, la situation apparaît comme ne faisant pas la part égale aux deux rouages chargés du contrôle de la gestion. Le directoire ne peut jouer un rôle arbitral : il n'est dans le fond que l'émanation au deuxième degré des actionnaires.

Si l'on veut parvenir à un management indépendant responsable et efficace, il convient de faire en sorte qu'il soit *désigné sur un pied d'égalité par les deux organes de contrôle* auxquels il a à rendre compte de sa gestion. La participation au choix de la direction qui existe dans la formule I doit se retrouver ici. Au surplus, la véritable démocratisation de l'entreprise l'exige. Si, ensuite, des divergences apparaissent entre les deux éléments composants du pouvoir de contrôle, il sera normal que *l'arbitrage appartienne soit au directoire collectivement, soit au président du directoire*, lequel pourra équitablement jouer le rôle du onzième homme. Cela conduit à écarter les formules d'arbitrage extérieur. Cependant, il n'est pas unimaginable de songer à une magistrature économique européenne chargée, sur recours, de trancher entre les deux organes, comme spécifié dans le II, n° 12. Le fait que l'organe de cogestion est un rouage interne de la société, à la différence du conseil économique central étudié au II, ne permet pas de conseiller cette procédure.

7. Société de main-d'œuvre ?

Certains ont même été plus loin en proposant la constitution de deux sociétés distinctes, l'une étant une société coopérative de main-d'œuvre, l'autre une société

de capitaux, la société coopérative de main-d'œuvre élisant un organe de contrôle, placé sur un pied d'égalité par rapport au conseil de surveillance de la société de capitaux. Le directoire est alors le gouvernement commun des deux sociétés et tire ses pouvoirs des deux organes indépendant devant lesquels il est également responsable. Sans aller jusqu'à une formule aussi séparatiste — laquelle au surplus serait mal adaptée à la SE — il paraît indispensable que l'autorité du directoire dérive des deux sources : le capital et le travail et que son pouvoir départageant puisse s'exercer pleinement puisque aussi bien il détient la plénitude des pouvoirs dans la société.

8. Le conseil économique central comme organe de cogestion

Si un jugement d'ensemble doit être porté sur cette proposition, il sera permis de dire qu'elle appelle des réserves. De deux choses l'une : *ou bien* on veut intégrer les salariés à la SE en leur permettant de prendre part à un nombre aussi large que possible de décisions ; alors il convient d'assurer leur présence dans les organes mêmes de cette société et non de créer pour eux de nouveaux organes multipliant les risques de conflits internes, d'assurer la confrontation permanente du capital et du travail au sein d'une même assemblée, non de les réunir pour les séparer.

Ou bien on tient à conserver l'« extériorité » du personnel et on cherche à accroître ses droits sans toucher au fonctionnement complexe de la société de capitaux ; alors, les meilleures formules apparaissent comme étant soit la négociation avec les syndicats (infra IV), soit le renforcement du procédé du conseil d'entreprise (supra II). L'organe spécial de cogestion introduit dans la SE sera un corps étranger.

A la limite, si on tient à créer pour le personnel un organe de contrôle nouveau, celui-ci pourrait, dans une variante compréhensible, être simplement le conseil économique central dont il a été traité précédemment, promu au rang d'organe de la société européenne, émanation des conseils existant dans les pays où la SE exerce son activité, et investi non plus seulement de pouvoirs d'information et de consultation, même élargis, mais de contrôle sur la direction.

Les possibilités d'évolution seront même sauvegardées : on partira d'une institution connue, dont on renforcera le rôle. Dans un premier temps, cette institution n'aura pas à élire le directoire. Mais il conviendra de réserver, dans un second temps, la faculté pour ce « conseil » d'être placé sur le même pied que le conseil de surveillance, et de nommer et de révoquer avec lui les membres du directoire.

IV - LA PARTICIPATION PAR VOIE DE NÉGOCIATION COLLECTIVE

1. La négociation comme mode de participation

La participation aux décisions peut être obtenue par la négociation collective. En effet, une décision peut être conjointe si elle résulte d'un accord négocié. Il y a plutôt *codécision* que cogestion, car l'accord porte sur des points limités, non sur l'ensemble de la marche de l'entreprise. Le problème central est alors de définir le domaine de la négociation obligatoire. Rien n'empêche que la négociation porte non seulement sur les questions où existent, entre l'entreprise et son personnel, des intérêts divergents (domaine traditionnel de la négociation collective), mais aussi sur celles où existent (ou devraient exister) des intérêts communs ou convergents; cette distinction a même quelque chose de factice. Rien n'empêche non plus que cette négociation ait pour cadre l'entreprise, et pour objet les décisions qui jalonnent sa vie.

Cette forme de participation est liée à l'action syndicale; on l'appelle généralement participation « conflictuelle », car elle peut, à la limite, émaner d'une coalition ou d'un comité de grève. Elle a son domaine d'élection dans les pays anglo-saxons où l'on préfère les relations directes entre patrons et syndicats à l'établissement d'un organisme mixte de coopération. La base légale du système est, aux USA, l'obligation pour l'employeur de reconnaître le syndicat représentatif et de traiter de bonne foi avec lui au niveau de l'entreprise. La NLRB a pour mission d'y veiller. Le syndicat doit en contrepartie reconnaître les prérogatives réservées à la direction. Mais le domaine traditionnellement réservé de la direction tend à diminuer : il n'y a guère de changement sur le marché ou dans la technologie qui ne donne lieu à examen lors des négociations. Les représentants syndicaux participent de la sorte et en fait à mainte décision prise par la direction. Ils y participent aussi indirectement par le biais des procédures de réclamation. On trouve, paradoxalement, le même mécanisme dans les économies planifiées de l'Est européen.

Bien que l'idée soit relativement neuve et peu explorée dans les pays de la CEE, il convient de voir si la participation ne serait pas réalisable par ce moyen. C'est le plus simple puisqu'il conduit à faire prendre les décisions en commun, sur un pied d'égalité, en donnant à chaque partie un droit de veto.

2. Les deux utilisations possibles de la négociation

Si dans certains pays la participation est recherchée par l'entremise de la négociation, c'est que le réseau

de celle-ci est très dense et que, les matières négociables s'accroissant sans cesse, les syndicats acquièrent ainsi la possibilité d'influer par mille moyens sur la marche de l'entreprise. La « décision bargaining », liée à l'expérience américaine des relations de travail, ne permet pas de concevoir un accord de cogestion isolé; c'est la politique contractuelle dans sa globalité qui permet la participation à la décision.

Autre chose est d'envisager une mise en œuvre de la cogestion par voie d'accord collectif. Le rôle de celui-ci est alors bien délimité. Il ne s'agit pas d'une négociation globale incluant les conditions de travail et de salaire (négociation tarifaire). Il s'agit d'une négociation sur des points restreints préalablement déterminés. Plus difficile à imaginer, elle n'est cependant pas sans précédent. Ainsi, en France, la convention sociale de la sidérurgie lorraine. En Allemagne, plusieurs accords préalables à des fusions ou concentrations.

§ 1 - L'exemple américain

3. L'expérience américaine

Il peut être intéressant de faire le point de l'expérience américaine en la matière. Elle n'est compréhensible que si on se rappelle que l'employeur a l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat déclaré représentatif; et que, d'autre part, l'objet de cette négociation est, selon la loi, « les salaires, l'honoraire et les conditions de travail ». A partir de là, des décisions du NLRB et des tribunaux ont eu à déterminer l'étendue de l'obligation de négocier. La question s'est posée ces derniers temps pour la sous-traitance (subcontracting); mais elle se pose dans les mêmes termes pour la cessation d'activité; la vente ou location d'un établissement, la concentration ou la fusion de l'entreprise avec une autre, etc. : l'employeur doit-il négocier ces décisions avec le syndicat, avant toute mise en œuvre? Ou cela fait-il partie de son pouvoir économique unilatéral et discrétionnaire?

Il est sûr que si la décision est inspirée par des considérations antisyndicales, la direction peut être contrainte de la rapporter : elle constitue une pratique déloyale dans les rapports de travail. Mais quid si elle s'inspire de préoccupations purement économiques? Les décisions anciennes considéraient que le syndicat était sans droit pour négocier avec l'employeur de la façon dont il doit gérer son entreprise. Mais récemment, le NLRB a statué (Fibreboard Paper Corp. et Town and Country) que la sous-traitance de travaux

d'entretien, entraînant diminution des emplois, constituait une « condition de travail », au sens de la loi. Et les auteurs estiment qu'en général tous les effets d'un changement économique sont de ce fait « négociables ».

4. Quelles sont les décisions négociables ?

Cependant, un point demeurerait ambigu : l'objet de la négociation doit-il être la *décision* d'introduire telle ou telle modification d'ordre technique ou économique, ou les *incidences* de cette modification sur les conditions de travail et d'emploi (impact of the change) ? Un certain flottement demeure sensible dans un droit fondé sur le jugement concret de chaque espèce. Ainsi l'introduction d'une fabrication automatisée est-elle négociable, ou seulement les répercussions sur l'emploi de la décision d'automatiser ? Le droit américain est entré dans une période d'incertitude et une discrimination a dû peu à peu être faite quant aux décisions de l'employeur : les unes doivent être soumises au moins pour discussion et éventuellement pour approbation au syndicat ; les autres demeurent dans sa sphère réservée, dans sa sphère d'initiative. Mais la ligne de partage n'est pas encore claire. Différents critères ont été proposés : ainsi, celui selon lequel la décision « négociable » serait celle *susceptible de causer un préjudice aux salariés*.

A titre d'exemple, on peut donner la décision de transférer d'un établissement. La tendance dominante est de considérer la décision Town and Country comme signifiant que si l'employeur se propose de prendre une décision susceptible de diminuer ou de supprimer des postes de travail pour ses salariés, il doit négocier avec le syndicat représentatif sur la *décision* elle-même et pas seulement sur ses *conséquences*. Cela s'applique à la décision de transférer en un autre lieu tout ou partie de ses établissements, comme à la décision de sous-traiter ou à celle d'automatiser. D'où une intéressante théorie des auteurs américains : la théorie de la *négociation « décisionnelle »* (decision bargaining). Elle ne s'applique pas aux décisions telles que celles relatives au financement de la firme ou à ses marchés (encore que les salariés puissent avoir un intérêt à celles-ci) Mais elle s'applique à toute décision économique ayant des répercussions préjudiciables sur l'emploi. Et ceci quand bien même les intérêts de l'employeur et ceux des salariés seraient en conflit absolu.

De nombreux juristes américains critiquent cette théorie adoptée par le NLRB comme ayant de dangereuses implications et conduisant à la sclérose de l'économie ; ils estiment que le point de savoir si un poste de travail doit ou non être maintenu, appartient au domaine réservé au seul management. Certaines juridictions se sont mises en contradiction avec le NLRB.

La Cour suprême a cependant décidé, dans le cas Fibreboard, que la décision de sous-traiter devait être soumise à négociation. Mais on doit faire observer que la doctrine contenue dans Town and Country et Fibreboard oblige la direction à *chercher le consentement des syndicats, non à l'obtenir*. La négociation peut échouer ; elle doit être tentée de bonne foi ; cela aboutit à dire que c'est l'avis du syndicat qui doit obligatoirement être demandé par la direction.

5. Clauses en matière d'emploi

Il est intéressant de souligner que des clauses peuvent ainsi être insérées dans les conventions collectives, fixant de manière plus sûre les limites des prérogatives de la direction ; ces clauses ne portent plus sur les conditions du travail comme dans la convention collective traditionnelle, mais sur les questions relatives à l'emploi. Et le NLRB ne se contente plus de veiller au déroulement loyal des négociations, mais s'ingère ainsi progressivement dans la détermination de ce que doit être le *contenu de la négociation*.

Parmi les clauses actuellement en vigueur, certaines montrent bien que l'on est parvenu souvent à une influence directe de l'organisation syndicale sur la politique de l'entreprise ; ainsi en matière *d'emploi* (clauses dites d'« attrition ») en cas de fusion ou concentration ou en cas d'automation, consistant en ce que la réduction des effectifs employés n'est recherchée que par le jeu normal de la mort ou de la mise à la retraite, étendu sur plusieurs années, à l'exclusion de tout licenciement, elles sont pratiquées dans les chemins de fer et les industries navales ; la Cour suprême a statué que ces clauses étaient matière à négociation collective, et en matière *financière* (salaire annuel garanti ou travail annuel garanti).

En sens inverse, diverses entreprises ont obtenu l'insertion de clauses réservant les *prérogatives unilatérales du management* dans telle ou telle matière, ainsi exclues de la négociation (nature des fabrications et méthodes de fabrication, recrutement du personnel, politique des prix, structure de la société, désignation des membres de la direction). La définition de ces prérogatives devient un objet essentiel du droit du travail et les auteurs soulignent en général une tendance à en reculer peu à peu les frontières.

6. Possibilités d'application dans le droit européen

Ce développement récent du droit américain peut-il être utilisé dans la SE ? La question suscite la perplexité. L'expérience prouve que l'on ne peut guère transposer une règle ou une institution d'un droit dans un autre. Ce qu'on peut en retenir, c'est qu'une in-

fluence importante sur la politique économique de l'entreprise peut être exercée par voie de négociation collective, à la condition qu'il existe une administration (le NLRB) qui veille à ce que l'employeur ne refuse pas de négocier sur les questions qui relèvent du domaine de la négociation obligatoire.

Sans transposer point par point la jurisprudence américaine, on peut considérer que la participation aux décisions peut être aussi réelle et aussi profonde par ce canal que par tout autre. La condition minima est qu'il y ait *obligation de négocier* et que cette obligation de négocier soit définie très largement par un texte.

La méthode a même, en pareille occurrence, un avantage évident : elle évite que la participation ne soit octroyée ou imposée d'en haut. Elle fait en quelque sorte de la participation le résultat d'une participation. En outre, la méthode se recommande par sa souplesse et sa progressivité : la convention collective, étant périodiquement révisée, peut être adaptée par étape aux besoins et aux revendications.

Cette forme de participation est la plus simple. Peut-être est-elle même nécessaire au développement des autres. Elle laisse intégralement subsister la force de contestation syndicale et ne compromet pas celle-ci dans des responsabilités qui ne sont pas les siennes. En effet, la section syndicale ne devient pas pour autant un organe de l'entreprise. Elle demeure l'émanation, au plan de l'entreprise, de l'échelon fédéral ou central. Au surplus, elle « accroche » la participation sur ce qui doit de toute manière subsister, même avec les modes les plus évolués de cogestion : la négociation bilatérale des salaires.

Elle laisse les parties sur un pied d'absolue égalité, ayant chacune leur droit de veto.

Elle évite une confiscation par les chefs d'entreprise de la force ouvrière ; et de toute manière, les conseils élus ne peuvent jouer un rôle efficace qu'appuyés sur un syndicat et non en entrant en opposition avec lui.

On peut estimer qu'à la longue la distinction entre participation et négociation disparaîtra. Dès lors, pourquoi ne pas laisser les choses évoluer normalement et la participation naître de la discussion des conditions de travail ?

§ 2 - La négociation « décisionnelle » avec la société européenne

7. Un préalable : la reconnaissance du fait syndical

Un préalable existe ici, qu'il faut lever si l'on désire traiter sérieusement de cette méthode : aucune parti-

cipation effective n'est possible si, comme aux USA, l'existence du syndicat n'est pas reconnue dans l'entreprise et si l'on n'accepte pas de négocier périodiquement et de bonne foi avec lui. Or il apparaît que le droit syndical évolue dans ce sens dans au moins deux pays de la Communauté : la France et l'Italie, pour ne rien dire de la Belgique où les délégations syndicales sont déjà anciennes.

En France, les accords de Grenelle ont prévu qu'une loi interviendrait à bref délai sur la reconnaissance du fait syndical ou de la « section syndicale » d'entreprise. Le sens de cette loi à venir est le suivant : le fait syndical est reconnu dans l'entreprise en ce sens qu'est garantie la liberté collective de constitution de syndicats ou de sections de syndicats à partir des organisations représentatives à l'échelon national. Il en résulte que les syndicats jouiront dans l'entreprise de facilités d'action, pourront conclure des accords avec la direction et que les délégués syndicaux auront un statut les protégeant contre toute menace de licenciement. L'organisation elle-même aura un statut, cessera de mener une vie clandestine à l'intérieur de l'entreprise, deviendra l'interlocuteur normal de la direction.

En Italie, il semble bien qu'on approche progressivement du même objectif par voie de négociation interconfédérale. La situation semble moins avancée dans les autres pays de la CEE.

Peu à peu, le rôle et le statut du syndicat ne devraient plus être très différents de ce qu'ils sont aux USA, sous cette réserve que la négociation collective n'a encore que rarement pour cadre l'entreprise. Elle se déroule encore le plus souvent à l'échelon de la branche ou du secteur. Le développement des accords d'entreprise, du type des accords Renault en France, serait également nécessaire si l'on voulait faciliter l'essor de la participation négociée.

8. Droit des sociétés et droit social

Certes, il est difficile d'insérer ces conditions préalables dans le statut de la SE. Et c'est là une des difficultés majeures de cette méthode. Traditionnellement, cet aspect des choses relève du droit social, non de celui des sociétés commerciales. Mais on peut admettre que la situation sera bientôt telle en Europe que ce fonctionnement du syndicat dans l'entreprise sera chose usuelle, rendant même inutile l'insertion de clauses particulières dans le statut de la SE. Un contrôle syndical de la politique de l'emploi ou des investissements pourrait s'exercer sans entrave.

On peut même imaginer sans risque d'erreur que les accords d'entreprise créeront prochainement des comités mixtes, comme il en existe déjà un certain nom-

bre chargés de suivre tel ou tel aspect de la politique économique de la firme, et associant les syndicats sur une base paritaire à toute décision. C'est ce qu'on appelle quelquefois l'administration du contrat ou la négociation permanente.

Cependant, il serait souhaitable, si cette méthode était retenue, qu'un accord particulier soit conclu comprenant différents articles prévoyant : le libre fonctionnement des syndicats dans les établissements, l'obligation de négocier de bonne foi avec ceux-ci des accords d'établissement ou d'entreprise. Cet accord entre les États membres de la CEE ne saurait trouver place dans celui créant la SE. Il faudrait un *accord séparé*. Les organisations professionnelles n'y seraient apparemment pas opposées; cette revendication est capitale depuis longtemps pour les syndicats ouvriers, au point qu'ils affirment fréquemment qu'il n'est de participation réelle qu'après respect absolu des droits syndicaux par l'entreprise; quant aux syndicats patronaux, ils s'y prêteraient sans doute d'autant plus volontiers que ce moyen leur permettrait d'échapper à la cogestion institutionnelle qu'ils redoutent. Néanmoins, on ne doit pas dissimuler que l'élaboration d'un instrument européen supplémentaire risquerait de ralentir la mise au point du statut de la SE. Cette question pourrait être réglée ultérieurement.

9. Absence de conventions collectives européennes

Du reste, si on s'acheminait ainsi vers une « cogestion » purement conventionnelle, ou plutôt — et parce qu'il y a contradiction à accoupler ces deux expressions — vers une « codécision conventionnelle » ou négociée, une difficulté juridique spécifique apparaîtrait, due au fait de l'*inexistence d'un régime européen des accords collectifs*. Comment une firme européenne pourrait-elle négocier une convention collective valable dans les six pays? Il a été depuis longtemps montré que l'efficacité d'une convention collective conclue au plan européen risquerait d'être *paralysée par certaines dispositions des lois nationales* qui subordonnent à telle ou telle conditions collectives. Ainsi, en Belgique, la convention collective doit avoir été conclue en commission paritaire et avoir été rendue obligatoire par arrêté royal pour avoir un effet obligatoire sur les contrats de travail, sinon elle n'a qu'un effet supplétif; en Hollande, elle doit avoir reçu l'agrément de la Fondation nationale du travail. Faut-il alors se contenter de la conclusion d'une « recommandation » dont le contenu serait repris sur le plan national? La firme européenne serait liée non par un accord européen, mais par six conventions nationales semblables conclues dans le cadre des six législations en vigueur? Mais le risque est grand que l'accord modèle négocié au plan européen ne soit pas intégralement repris dans les pays membres et ne puisse même

l'être du fait de telle ou telle disposition existant dans la législation du travail ou des salaires. Il serait sans doute préférable que la convention soit négociée par une commission mixte européenne, composée de représentants des syndicats des pays où la SE a des établissements et qui engagerait leurs adhérents, comme des syndicats nationaux peuvent le faire envers leurs membres.

Cependant, ces difficultés ne peuvent être approfondies ici (cf. Dehove : *Le droit et la pratique des conventions collectives dans les six pays de la CEE*, 1963, et Spyropoulos : *Le droit des conventions collectives de travail dans les pays de la CECA*, 1959). Elles ne paraissent pas insurmontables si on renonce à voir dans le contrat négocié avec les syndicats une convention tarifaire, mais si on le traite comme un contrat civil ordinaire.

10. Un contrat incorporé aux statuts de la société

Dans la phase actuelle, la négociation collective conduirait simplement à un contrat innomé de pur droit civil engageant les parties signataires. Ainsi, les difficultés liées à la technique juridique de la convention collective de travail devraient pouvoir être surmontées. Si ce contrat, après avoir été conclu entre les fondateurs de la SE et les syndicats nationaux des pays où la société est implantée, était ratifié ensuite par l'assemblée générale des actionnaires, il deviendrait partie intégrante des statuts. Cessant d'être un « traité », il deviendrait une « loi interne » de la société. Aucune contestation ne serait plus possible relativement à sa validité. La base juridique de la cogestion conventionnelle serait de la sorte assurée.

11. Avantages du procédé

L'avantage de la méthode est de rencontrer les tendances les plus récentes qui se font jour dans les États membres. Des commissions paritaires de l'emploi existent en France où une politique contractuelle se dessine peu à peu. En Allemagne, préalablement à une fusion ou une reconversion, il est fréquent que la direction en négocie les conditions avec les syndicats avant même que le traité de fusion ne soit élaboré. Une convention comme celle de la sidérurgie lorraine montre que dorénavant les entreprises mènent avec les syndicats une politique à long terme de contraction d'activité sans licenciements ou avec réadaptation et reclassement assurés. Il y a des syndicats (en Belgique, France, Italie) qui ne sont pas intéressés par la cogestion institutionnelle et qui souhaitent avoir de simples relations contractuelles avec la direction. Que cela corresponde à la nature des choses, cela est attesté par une rencontre qui a eu lieu en 1967 entre direction

d'une firme « européenne » (Philipps) et les syndicats des pays de la CEE. D'après un communiqué publié dans les Informations syndicales et ouvrières des Communautés européennes, ces pourparlers ont porté « sur la gestion de la production de Philipps dans les pays de la CEE et les suites de cette politique pour l'emploi ». Sans doute, il s'agissait d'échange d'informations et aucun accord n'a été signé. Mais il est important de savoir que les syndicats intéressés ont été mis au courant et savent dorénavant que « malgré l'accroissement du chiffre d'affaires dans les pays de la CEE, et par suite de l'évolution technologique, une extension importante du personnel n'était pas à prévoir ».

Ajoutons qu'en Grande-Bretagne, un projet du Labour Party tend à obliger les entreprises à coopérer plus complètement avec les syndicats; et parmi les méthodes de participation qu'il envisage figure en première place la codécision par voie de négociation, portant sur toutes les décisions affectant les conditions de travail. On connaît les préjugés existant en Grande-Bretagne contre le cogestion institutionnelle : ce pays voudrait réaliser le même objectif par une généralisation de l'*objet* de la négociation collective.

Dans une phase ultérieure, il n'est pas à exclure que les directions des entreprises européennes aient à négocier avec les syndicats intéressés des six pays de véritables accords d'entreprise européens de portée générale. Rien n'empêche que dans une première période ils concluent les accords limités à la participation.

L'empirisme qui préside actuellement aux regroupements des sociétés de capitaux à caractère transnational (Fiat-Citroën par exemple ou Schneider - Empain) risque à la longue de créer un mauvais climat social, du fait que les organisations syndicales en sont tenues à l'écart. L'introduction de celles-ci dans les pourparlers à un moment quelconque pourrait donner naissance à des conventions *dès la fondation de la société européenne*, conventions dont l'objet serait tout naturellement d'associer les représentants du personnel aux décisions.

La méthode serait la meilleure, car la plus souple malgré l'état de dispersion des organisations syndicales de salariés sur le plan européen.

12. Objet de la négociation

On peut concevoir l'objet de la négociation soit de façon rigide, soit de façon plus libre. De façon rigide, si le statut de la SE indique sur quels points elle devrait obligatoirement porter. Ainsi, sur la planification des effectifs à long terme et, ultérieurement, sur toute décision susceptible d'avoir des répercussions sur l'emploi (conversion des fabrications, fusion, etc.), la négociation ayant de ce fait un caractère permanent. Le statut énumérerait les décisions négociables, comme il énumérera les décisions à soumettre au conseil de surveillance ou à l'organe de cogestion. Mais à la réflexion, cette méthode ne paraît pas indispensable et il semble préférable de jouer le jeu de la négociation libre : si la direction ne consent pas à « mettre dans le panier » une quantité suffisante de matières à négocier, les syndicats ne signeront pas l'accord et un système de cogestion institutionnel s'appliquera (cf. infra : Conclusions). Cette alternative constituera un argument suffisamment puissant pour donner un contenu substantiel à la négociation. L'équivalence des droits accordés contractuellement avec ceux inscrits dans le statut sera quasi automatiquement assurée. Pour ce motif, il paraît préférable que le statut ne définit pas restrictivement le contenu de la négociation, mais laisse celle-ci se développer librement.

13. Absence d'homologation

Pour une raison analogue, il ne paraît pas opportun de soumettre ce « contrat de cogestion » à une quelconque homologation dont l'objet serait de vérifier que des garanties suffisantes ont été données au personnel de la société. Le législateur européen n'a pas à être plus exigeant que les syndicats ne le seront et à substituer son jugement au leur.

Lors de la fondation de la société, il suffira aux responsables de déclarer que la participation du personnel a été réglée par un contrat négocié avec l'ensemble des syndicats représentatifs du personnel travaillant dans les différents États membres. Cette déclaration accompagnera le dépôt des statuts et sera considérée comme suffisante.

LE CHOIX PAR VOIE CONVENTIONNELLE D'UNE FORMULE DE PARTICIPATION

Les conclusions auxquelles nous sommes parvenus peuvent être exposées sous forme de *propositions* de fond suivies d'un examen de la *procédure* et des *sanctions* éventuelles.

§ 1 - Propositions

1. Combinaison du statut et du contrat

Il faut bien reconnaître que si le statut de la SE prend parti pour tel mode de participation et l'impose, des résistances se feront sentir; quel que soit par ailleurs le mode retenu. C'est le défaut de la législation unilatérale imposée, même précédée de nombreuses études et consultations.

Il faut bien reconnaître, inversement, que si on laissait à la pure initiative contractuelle le soin de régler la participation aux décisions, les travailleurs risqueraient d'accueillir avec un sentiment de déception un statut de la SE qui serait vide sur le point qui les intéresse et que les négociateurs professionnels seraient un peu « perdus » au milieu de difficultés peu étudiées. Mais il n'est pas impossible de *combinaison adroitement la réglementation statutaire et le jeu de la libre négociation*.

L'orientation générale serait alors la suivante :

- 1° Le statut devrait édicter une *obligation* impérative pour la SE d'établir un mode de participation aux décisions.
- 2° Le statut de la SE réglementerait (sans entrer dans trop de détails) deux ou trois formules de participation institutionnelle en s'efforçant de les rendre « *équivalentes* » dans leurs effets.
- 3° La direction de la SE négocierait avec les syndicats et l'objet de la négociation serait le *choix* de l'une ou l'autre de ces formules.

Les obstacles d'ordre juridique auxquels se heurte la convention collective européenne pourraient alors aisément être surmontés dans la mesure où « l'accord d'entreprise européen » ne porterait que sur le fonctionnement interne de la SE, non sur les conditions générales de travail et de salaire; son seul objet serait la participation aux prises de décision d'ordre économique. Il ne s'agit plus de « collective bargaining », mais, de façon plus terre-à-terre, de mise en œuvre différenciée, par voie d'accord, du principe de cogestion qu'aurait posé le statut de la SE.

Certes, cette combinaison du statut et du contrat ne vaut que pour les trois premiers modèles exposés (2^e partie : I, II, III), non pour le quatrième; on ne peut réglementer dans le statut un type de participation s'exprimant dans un libre contrat. Aussi le quatrième modèle, celui de la participation par voie de négociation collective, doit-il, à la différence des modèles institutionnels, être simplement mentionné dans le statut comme une alternative possible, sans être pour autant réglementé. Le contenu de cette négociation sui generis devrait être considéré comme libre. Et la SE serait en règle avec l'obligation d'établir un mode de participation si un contrat de la nature indiquée plus haut (2^e partie : IV) a été signé avec les syndicats nationaux concernés (cf. infra, n° 7).

2. Les obligations statutaires

Pour ce qui est du statut de la SE, il devrait évidemment édicter une obligation impérative pour les SE d'établir une *procédure de participation* du personnel à la gestion. Le principe de la participation figurerait donc dans le statut. Il ne saurait être question de participation facultative, mais *obligatoire*.

Ce même statut contiendrait une seconde obligation: une *obligation de négocier* avec les syndicats représentatifs du personnel de chaque établissement. Une délégation plurinationale aurait donc à rencontrer la direction de la firme ou les fondateurs de celle-ci.

Le contenu de la négociation consisterait à *exercer un choix* entre plusieurs modalités de participation. L'avantage du procédé est celui de la souplesse; il est également de faire une large part à la discussion des partenaires sociaux, auxquels confiance est faite pour faire choix du mode de participation le plus approprié.

3. Les modalités de participation

Quelles seraient les formules à offrir au choix des intéressés? C'est un point fondamental, mais pour lequel les développements figurant dans les chapitres précédents peuvent guider les rédacteurs du statut. Ces formules s'écartent sensiblement de celles figurant dans le rapport Sanders.

a) La première formule serait la présence des salariés dans le *conseil de surveillance* dans une proportion de 30 à 40 %. Ce conseil de surveillance aurait à recruter les directeurs, à orienter, à approuver ou à censurer la politique de la direction. Deux sortes de

délibérations seraient à prévoir : les unes requérant la majorité simple; les autres, celles ayant des incidences directes ou indirectes sur l'emploi ou la rémunération ou un plan social rendu obligatoire, la majorité qualifiée des trois quarts. Cette formule serait proposée sous trois « enveloppes » entre lesquelles les partenaires sociaux pourraient choisir :

- le conseil de surveillance est composé de représentants des actionnaires et des travailleurs de l'entreprise exclusivement (conseil de surveillance « fermé » ou « privé »);
- le conseil de surveillance est composé de représentants des actionnaires, des travailleurs et des intérêts généraux (conseil de surveillance « ouvert » ou « public »);
- le conseil de surveillance est composé de représentants des actionnaires et de représentants des travailleurs choisis en dehors des salariés à raison de leur qualification (conseil de surveillance « technique »).

Les modalités d'élection feraient intervenir l'organe de proposition décrit dans le I de la 2^e partie.

Un directeur du travail est à prévoir (cf. 2^e partie : I).

Ainsi coexisteraient une participation informative (contrôle) et une participation décisionnelle limitée.

b) La seconde formule consisterait dans l'institution d'un « conseil économique central » de la SE avec participation syndicale. Outre des pouvoirs d'information et de consultation très traditionnellement conçus, ce conseil pourrait :

- dans une première variante, recevoir un *droit de veto* relativement aux décisions ayant des répercussions sur l'emploi sous forme de l'exigence d'un avis conforme;
- dans une seconde variante, recevoir un *droit d'enquête, d'investigation et de remontrance* tel que décrit dans le II de la 2^e partie; éventuellement, un recours devant une juridiction pourrait être ici prévu, tendant à ouvrir une enquête sur la gestion;

c) La troisième formule serait celle de « l'organe spécial de cogestion » placé, à l'intérieur de la société, aux côtés du conseil de surveillance, ayant comme lui le droit de désigner le directoire, mais recevant pour le surplus des pouvoirs *distincts* de celui-ci : la liste des délibérations relevant de sa compétence serait à dresser; elle comprendrait les décisions économiques ayant des incidences sur l'emploi ou le plan social. L'arbitrage éventuel entre cet organe et le conseil de surveillance serait attribué au directoire ou à son président. Dans le directoire existerait un directeur du travail. L'organe spécial de cogestion serait évidemment de composition purement salariale, mais des experts

désignés par les salariés pourraient aussi y prendre part.

Le choix entre ces modalités dépendra des contingences, notamment de la nationalité des sociétés fondatrices de la SE. Si une SE est créée par une société française et une société italienne, le choix opéré ne sera sans doute pas le même que si une SE est fondée par une société allemande.

Une certaine concurrence existera entre les différents modèles et au bout d'un certain nombre d'années, l'expérience aidant, une sélection s'opérera.

4. Leur équivalence fonctionnelle

La rédaction, dans le statut de la SE, des dispositions appelées à régir les trois modèles sera très délicate. Conformément à la méthode exposée dans la 1^{ère} partie, on insistera sur la participation à des fonctions plus qu'à des organes, de telle manière que les droits du personnel soient sensiblement équivalents quelle que soit la méthode préférée. Or, la rédaction de textes « fonctionnels » est plus difficile que celle de textes « organiques ».

Néanmoins, cette procédure s'impose surtout si l'on veut que les parties aient en outre (cf. n° suivant) la faculté d'opérer un certain aménagement conventionnel des formules statutaires. Ce point sera mieux apprécié lorsqu'il sera possible de présenter une rédaction. D'ores et déjà, les points de convergence devraient nécessairement être les suivants (conformément aux conclusions de la 1^{ère} partie);

- nécessité, en toute éventualité, d'assurer une information rapide et complète des décisions de la direction au stade le plus précoce;
- nécessité d'associer le personnel aux décisions ayant une influence sur l'emploi; notamment sous forme d'une planification obligatoire de l'emploi du personnel à long terme, planification qui devrait recevoir l'approbation des représentants du personnel; ou encore sous forme d'obligation de prévoir, lors de toute décision, les répercussions possibles sur le personnel;
- nécessité de donner aux représentants du personnel un pouvoir réel dans le choix de la direction, même si ce pouvoir n'est pas fondé sur la parité, pouvoir s'étendant à un droit exclusif de proposition ou de veto s'agissant du directeur du travail.

La manière d'atteindre ces objectifs pourra être au demeurant variable.

Il convient donc de souligner que le statut de la SE ne comportera pas à proprement parler de normes mi-

nima que les parties pourraient relever, mais offrira diverses possibilités de modulation d'une participation à des fonctions dont la mise en œuvre pourra revêtir une certaine variabilité.

Objectera-t-on qu'on retombe ainsi dans un des défauts reprochés au rapport Sanders, à savoir de conduire à des SE comportant une pluralité de types?

L'objection est réelle. Mais une différence existe entre la diversité à laquelle nous sommes conduits et la diversité à laquelle était conduit le professeur Sanders. Cette diversité des formules n'empêche pas ici une *équivalence des droits* reconnus au personnel. Dans le système du rapport Sanders, fondé sur le renvoi à des lois nationales, on aboutissait à de grandes disparités dans les droits des travailleurs selon l'implantation des établissements. Dans le système ici préconisé, il n'y a différenciation que dans les méthodes de mise en œuvre d'une participation à des fonctions semblables.

5. Le choix

Le choix entre l'une de ces trois modalités sera opéré de concert par les partenaires sociaux. A cet effet, une convention sui generis devra être signée entre la firme européenne — ou ses fondateurs — et une délégation des syndicats nationaux représentatifs du personnel de chaque établissement dépendant de la société.

La représentativité sera appréciée selon la loi nationale.

Les différents syndicats ou bien se mettront d'accord au préalable pour présenter un front uni, ce qui est désirable et possible étant donné leur articulation dans les secrétariats européens, ou bien viendront chacun avec leur propre optique et une discussion générale sera nécessaire.

Cette *convention d'option*, contrat de droit civil, pourrait soit ne porter que sur l'élection d'une formule entièrement réglementée par le statut, soit contenir aussi un *aménagement conventionnel* d'une de ces formules : convention de *choix* d'un régime statutaire prédéterminé, convention d'*aménagement* conventionnel d'une formule statutaire. Les deux méthodes ne s'excluent pas et peuvent être offertes aux parties.

Le statut de la SE revêtirait de la sorte un caractère non impératif mais dispositif. Importe-t-il, dans le second cas, de prévoir un examen d'équivalence, destiné à contrôler que la formule aménagée accorde aux salariés des droits comparables aux trois formules réglementaires? Il ne le semble pas dans la mesure où la modification n'aura pas été unilatérale, mais décidée de concert entre fondateurs et syndicats représentatifs.

6. Ratification

Une précision complémentaire satisfaisante consisterait, une fois la convention conclue, à la faire ratifier par l'assemblée générale des actionnaires. De la sorte, la convention deviendrait partie intégrante des *statuts de la société* auxquels elle s'incorporerait. L'avantage de ce procédé serait d'éviter les discussions inévitables sur la validité dans les différents pays d'une convention conclue à l'échelon européen. Les statuts sociaux seraient une base juridique suffisante pour la convention et le régime de participation par elle adopté.

Au surplus, chaque SE aurait de la sorte son régime individualisé de participation. Et ce régime pourrait évoluer dans le temps, ce qui est hautement désirable. La suggestion ainsi présentée est très proche de la variante C du rapport Sanders, à cette différence évidemment non négligeable que cette partie des statuts de la SE aurait été négociée au préalable avec les syndicats représentatifs des pays où la SE est établie. Cette condition préliminaire à toute réglementation statutaire de la cogestion rendrait en revanche superflue l'*approbation* de cette réglementation par les autorités compétentes, telle que le rapport Sanders croit devoir l'exiger. Cette approbation nécessaire est fondée sur la liberté reconnue aux rédacteurs des statuts; dans le mécanisme ici proposé, il n'y aurait pas liberté, mais codécision pour le choix d'une des formules de cogestion que le statut de la SE aurait antérieurement définies. La nécessité d'une homologation disparaît et, avec celle-ci, les problèmes délicats que cette homologation soulève.

7. La participation non institutionnelle

Il faut bien admettre que le choix conventionnel d'une formule de participation offerte par le législateur n'épuise pas toutes les possibilités. Faut-il interdire aux fondateurs d'une société européenne de négocier librement avec les syndicats intéressés les conditions auxquelles le personnel sera associé dès l'origine aux décisions économiques dont son sort dépend? Cela est d'autant moins concevable que si des sociétés allemandes participent à la fondation, les syndicats allemands auront, à l'intérieur de ces sociétés, une certaine influence sur les conditions mêmes de cette constitution. Il ne s'agit donc ici ni d'aller au delà d'un minimum statutaire, ni de demeurer en-deçà, mais de permettre aux partenaires sociaux de régler eux-mêmes et en toute liberté, au besoin sans formules institutionnelles, la création puis le fonctionnement de la participation des salariés à la vie de la société européenne.

Même si l'on est convaincu que cela sera rarement réalisé (au moins dans les débuts), il n'est pas pos-

sible d'écarter cette voie. En Allemagne, de nombreuses questions, lors de fusions ou de concentrations, sont réglées par voie de négociation et ceci malgré la Mitbestimmung. En Italie, il en va de même puisqu'il n'existe aucune cogestion. En France, la convention sociale de la sidérurgie lorraine, document hautement significatif, montre que l'on incline à régler par voie conventionnelle les problèmes de l'emploi consécutifs à la restructuration d'une branche d'industrie.

Comme l'imagination des rédacteurs du statut de la SE n'aura pu tout prévoir, cette soupape de sûreté doit fonctionner : un accord collectif sui generis peut, lors de la fondation de la SE, régler les droits du personnel dans la société et même, plus simplement, déterminer des « domaines négociables » suffisamment étendus pour qu'à l'avenir aucune décision économique ayant des répercussions sur l'emploi ne puisse être prise unilatéralement. L'objet de la convention serait de la sorte d'énumérer des types de décision requérant l'accord préalable des syndicats signataires, ou encore d'élaborer une sorte de plan social permanent.

Cet accord devra être déposé en même temps que les statuts de la société, sans qu'ici intervienne nécessairement l'idée d'équivalence fonctionnelle.

Il pourra lui aussi être ratifié par l'assemblée générale et devenir partie intégrante des statuts de la société.

Cet accord, et c'est tout l'avantage du procédé, sera périodiquement renégocié, puisqu'à chaque changement projeté (fusion, rapports avec des filiales, etc.), les partenaires auront l'obligation de se réunir.

Ne portant pas sur les conditions de travail et de rémunération, cet accord ne sera pas une convention collective de travail dont la validité juridique serait discutable, mais un contrat civil : un véritable contrat d'ogestion.

Exceptionnellement, la faculté d'user d'un tel contrat devra être prévue par un texte normalement limité au droit des sociétés.

Certes, le risque existe que le contrat spécial de participation aille moins loin que la participation institutionnelle. Faut-il pour cette raison exiger qu'un contrôle d'équivalence soit institué, sous forme d'une homologation? Il ne le semble pas. On ne doit pas être plus royaliste que le roi. Si les syndicats représentatifs des pays intéressés (cas des syndicats italiens ou français) ne veulent pas réellement participer et se contentent d'une sorte de négociation permanente sur des points limités, il ne paraît pas politique de les en empêcher et de risquer qu'une commission d'homologation ne rejette un contrat antérieurement accepté par les organisations de travailleurs et les sociétés fondatrices, et leur donne donc satisfaction.

§ 2 - Sanctions

8. Position du problème

L'échec ou le refus de la négociation doivent cependant être envisagés, qu'il s'agisse de l'échec ou du refus du choix négocié d'une formule institutionnelle ou de l'échec de la négociation d'un contrat de cogestion. De même, la dénonciation ultérieure de l'accord. Ce refus et cet échec ne peuvent être efficacement sanctionnés que si l'on envisage d'accorder aux parties un certain délai pour délibérer et prendre contact.

9. Les délais

Il importe d'abord que le statut de la SE accorde, lors de la fondation de la société, un délai aux fondateurs pour prendre contact avec les syndicats représentatifs dans chaque pays et discuter avec eux. Ce délai ne peut guère être inférieur à deux ans à compter de la constitution de la société. Cette période peut être mise à profit soit pour négocier librement, soit pour choisir une des trois formules de cogestion statutaire.

10. Le refus de négocier

Le refus de négocier doit être apprécié différemment selon qu'il émane de l'une ou l'autre partie.

A - Si, à l'issue de cette période, il apparaît que les *fondateurs* de la SE ont refusé de négocier, c'est une question de sanction des obligations contenues au statut qui se pose. On peut hésiter entre deux sortes de sanctions.

- a) La plus radicale consisterait à subordonner l'existence même de la personne morale à la volonté de négocier de bonne foi. Dès lors que le statut (supra n° 2) comporte l'obligation pour la SE de prévoir une participation des salariés aux décisions et une obligation de négocier, on peut en effet estimer légitimement qu'aucune SE ne peut exister si ces obligations ne sont pas respectées.
- b) On pourrait cependant estimer préférable une sanction moins rigoureuse : faute de négociation, le statut de la SE ne pourrait-il déclarer qu'une des trois formules proposées s'applique de plein droit, par exemple la première (participation au conseil de surveillance)? Dans cette conception, la SE devrait simplement inscrire dans ses statuts — ou encore dans son règlement intérieur — la modalité de participation désignée comme ayant valeur supplétive.

Il serait seulement indispensable en ce cas que ces status ou ce règlement intérieur soient homologués par une autorité fonctionnant auprès de la Commission européenne; cette autorité aurait à vérifier si les statuts de la SE ou son règlement intérieur contiennent bien un régime de participation conforme au modèle déclaré applicable de plein droit en l'absence de négociation.

Cette seconde solution présente l'inconvénient de conduire nécessairement à l'adoption unilatérale d'une cogestion, laquelle suppose le dialogue et la confiance. Elle comporte le risque que les fondateurs ne se débrouent systématiquement à toute négociation en connaissance de cause. Aussi semble-t-il préférable et logiquement plus satisfaisant de sanctionner le refus de négocier de la part des fondateurs par l'*inexistence de la SE*.

B - En revanche, le refus de négocier de la part des syndicats intéressés ne saurait comporter la même sanction. Il n'est pas concevable que ceux-ci puissent ainsi empêcher la constitution d'une SE économiquement utile. Deux sanctions sont ici logiques : la première serait l'application automatique d'un des modèles de participation. La seconde, à laquelle va notre préférence, serait la faculté pour les fondateurs ou la direction de choisir librement entre les trois modèles réglementés par le statut.

11. L'échec de la négociation

Même si une négociation a été amorcée, il peut se faire qu'elle n'aboutisse pas. L'obligation de négocier n'est pas l'obligation de se mettre d'accord. Il se peut en effet que, choisissant de débattre librement d'un contrat, les parties ne s'entendent pas sur ses clauses ou encore que, s'efforçant de choisir une des trois formules proposées par le statut, elles ne se mettent d'accord sur aucune d'elles. Quelles doivent être les conséquences de l'échec?

- a) Faut-il alors disposer qu'en pareil cas, comme dans le cas de refus de négocier, la SE ne pourra se constituer? La sanction est ici inappropriée et donnerait aux syndicats le pouvoir de paralyser, par des exigences excessives, la constitution d'une SE. De même en cas de fusion : le traité de fusion ne peut être subordonné à l'entente avec les syndicats.
- b) Une sanction, qui pourrait sembler plus appropriée, serait — à l'issue du délai qu'on a proposé de fixer à deux ans — de décider qu'une formule statutaire s'appliquera impérativement. Faute d'accord de cogestion (IV) ou faute de choix concerté d'une des formules statutaires (I, II, III), le statut pourrait décider que la SE sera automatiquement régie par telles dispositions sur la participa-

tion qu'il aura prévue : par exemple, la formule I. L'inconvénient de cette solution est de privilégier un des régimes, qui risque de devenir rapidement le régime de droit commun, et d'inciter les parties qui souhaiteraient ce régime à faire échouer les pourparlers.

- c) Certains souhaiteraient alors une consultation de l'ensemble du personnel par référendum, procédure particulièrement lourde et complexe, s'agissant d'une société de taille européenne, pouvant d'autre part conduire à des choix aveugles. Au surplus, la formule est inapplicable s'il s'agit d'une société nouvelle.
- d) Si la négociation conduit à l'impasse, il semble préférable de considérer qu'on est en face d'une sorte de conflit du travail. Mais il importe d'éviter à tout prix que la SE soit empêchée de se constituer, ou la fusion projetée de se réaliser.

Dès lors, il faut rechercher une procédure de conciliation, de médiation ou d'arbitrage appropriée. On peut imaginer que, lors d'une première phase, un service de conciliation et de médiation puisse être mis à la disposition des intéressés auprès de la Commission. Ce service sera composé — outre une personnalité compétente désignée pour son indépendance — de représentants des organisations syndicales et patronales fonctionnant sur le plan européen (la négociation antérieure n'ayant mis face à face que des organisations nationales). Ce service serait comme l'embryon d'un National Labour relations board dans le cadre européen. Si l'accord n'est pas réalisé au cours de cette première phase de contacts, alors un arbitrage pourrait être suggéré. L'arbitrage ne serait pas ici déplacé puisque le rôle de l'arbitre serait en somme de choisir, parmi les différents types de participation, celui qui convient le mieux à la société en voie de constitution, quitte à lui apporter les aménagements nécessaires. Son rôle serait de la sorte défini d'avance. Cet arbitre pourrait être soit un juge de la Cour de justice des Communautés — soit un commissaire — soit un expert indépendant choisi par les parties, éventuellement celui qui présidait le service de médiation. Sa sentence pourrait ultérieurement être modifiée par accord des parties.

Néanmoins, si l'on estime cette procédure de conciliation et d'arbitrage trop lourde, il restera toujours possible de revenir à la solution de la formule supplétive, suggérée ci-dessus en b).

12. Le refus de ratification

Il importe d'envisager aussi l'hypothèse où le choix fait d'un commun accord (ou le contrat de cogestion) ne serait pas ultérieurement ratifié par l'assemblée générale des actionnaires. Quel que soit l'inconvénient

de la méthode, on n'aperçoit pas alors d'autre recours que de rouvrir la négociation. Tout au plus un délai supplémentaire pourrait-il être alors accordé, à condition que cette prolongation du délai ne soit possible qu'une seule fois (afin d'éviter les manœuvres d'atermoiement). Le risque de non-ratification, si réel soit-il, ne semble pas suffisant pour entraîner condamnation de cette formalité, indispensable pour donner une base juridique solide à la participation.

13. La révision de l'accord

L'accord conclu ne saurait régir la participation pour une durée illimitée. Ou bien il sera conclu pour un temps déterminé; ou bien, si aucune durée déterminée n'est prévue, une faculté de dénonciation doit être sous-entendue. Celle-ci permettra une révision périodique de l'accord. Il importe en effet de favoriser une évolution progressive du système.

S'agit-il du choix d'une des trois solutions institutionnelles? Pourquoi exiger que ce choix soit effectué « ne varietur »? Les conditions peuvent changer. Par exemple, le passage de la formule II à la formule III

peut être souhaité. L'autonomie contractuelle doit pouvoir modifier et amplifier la formule initiale; d'où l'utilité d'une révision périodique tenant compte de l'expérience acquise et modifiant les droits du personnel si tel changement économique ou social le justifie.

S'agit-il d'une convention librement conclue à l'écart de toute formule prévue par le statut? Sa révision périodique est a fortiori souhaitable, car la logique de la participation est précisément une logique de mobilité. Cependant, une difficulté juridique peut surgir de cette révision : que se passerait-il si, un accord ayant été dénoncé, on ne peut s'entendre sur aucun accord de remplacement? Doit-on alors envisager la dissolution de la SE au prétexte qu'elle ne comporterait plus de participation? Il ne faut pas tomber ici dans une analogie simpliste entre le refus initial de discussion ou l'échec des pourparlers initiaux avec l'échec d'une procédure de révision. Si un accord est caduc, si une négociation subséquente échoue, la société ne saurait être dissoute. Comme elle ne peut rester sans système de participation, il faut adopter ici des mesures exorbitantes du droit commun des contrats et décider que tant qu'un accord, soit de simple choix, soit de participation conventionnelle, n'est pas remplacé par un autre, il continue à s'appliquer même après expiration du terme convenu ou dénonciation.

ÉTUDES

parues à ce jour dans la série « Concurrence » ⁽¹⁾ :

8135 — N°. 1

La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE

1966, 74 p. (f, d, i, n) FF 7,— FB 70,—

8176 — N°. 2

Politique économique et problèmes de la concurrence dans la CEE et dans les pays membres de la CEE

1966, 68 p. (f, d, i, n) FF 10,— FB 100,—

8182 — N°. 3

Le problème de la concentration dans le Marché commun

1966, 26 p. (f, d, i, n) FF 5,— FB 50,—

8183* — N°. 4

Enquête sur la situation des petites et moyennes entreprises dans les pays de la CEE

1966, 108 p. (f, d, i, n) FF 18,— FB 180,—

8217* — N°. 5

Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration

1967, 99 p. (f, d, i, n) FF 15,— FB 150,—

8213* — N°. 6

Projet d'un statut des sociétés anonymes européennes

1967, 132 p. f, d, i, n) FF 30,— FB 300,—

8234* — N°. 7

Rapport sur les choix des méthodes de comparaison de la charge fiscale effective que supportent les entreprises dans les divers États membres de la CEE

1969, 76 p. (f, d) FF 10,— FB 100,—

8242 — N°. 8

Le pouvoir fiscal dans les États membres de la Communauté

1969, 76 p. (f, d) FF 10,— FB 100,—

Cette étude termine la série « Concurrence »; une nouvelle série intitulée « Concurrence - Rapprochement des législations » lui succède.

8267 — N°. 9

(en préparation)

⁽¹⁾ Les signes abrégatifs *f, d, i, n, et e* indiquent les langues dans lesquelles les textes ont été publiés (français, allemand, italien, néerlandais et anglais).

BUREAUX DE VENTE

FRANCE

*Service de vente en France des publications
des Communautés européennes*
26, rue Desaix
75 Paris-15^e
CCP 23-96

BELGIQUE

Moniteur belge – Belgisch Staatsblad
40, rue de Louvain – Leuvenseweg 40
1000 Bruxelles – 1000 Brussel
CCP 50-80

Sous-dépôt :
Librairie européenne – Europese Boekhandel
244, rue de la Loi – Wetstraat 244
1040 Bruxelles – 1040 Brussel

GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
37, rue Glesener
Luxembourg
CCP 191-90

ALLEMAGNE (RF)

Verlag Bundesanzeiger
5000 Köln 1 – Postfach
(Fernschreiber : Anzeiger Bonn 08 882 595)
Postscheckkonto 834 00 Köln

ITALIE

Libreria dello Stato
Piazza G. Verdi 10
00198 Roma
CCP 1/2640

Agenzie :
00187 Roma – Via del Tritone 61/A e 61/B
00187 Roma – Via XX Settembre (Palazzo
Ministero delle Finanze)
20121 Milano – Galleria Vittorio Emanuele 3
80121 Napoli – Via Chiaia 5
50129 Firenze – Via Cavour 46/r

PAYS-BAS

Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf
Christoffel Plantijnstraat
Den Haag
Giro 425 300

GRANDE-BRETAGNE ET COMMONWEALTH

H.M. Stationery Office
P.O. Box 569
London S.E. 1

ETATS-UNIS D'AMERIQUE

European Community Information Service
808 Farragut Building
900-17th Street, N.W.
Washington, D.C., 20006

IRLANDE

Stationery Office
Beggars Bush
Dublin 4

SUISSE

Librairie Payot
6, rue Grenus
1211 Genève
CCP 12-236 Genève

SUEDE

Librairie C. E. Fritze
2, Fredsgatan
Stockholm 16
Post Giro 193, Bank Giro 73/4015

ESPAGNE

Libreria Mundi-Prensa
Castello, 37
Madrid 1
Bancos de Bilbao, Hispano Americano
Central y Español de Crédito

AUTRES PAYS

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
37, rue Glesener
Luxembourg
CCP 191-90

8278*/1/1970

FF 33,-	FB 300,-	DM 22,-	Lit. 3 750	Fl. 22,-	£2.10.0	\$6.00
---------	----------	---------	------------	----------	---------	--------
